



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FREDERICO ALENCAR MONTEIRO BORGES

**MODULAÇÃO DE EFEITOS EM CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICA  
JURISPRUDENCIAL**

BRASÍLIA

2014

FREDERICO ALENCAR MONTEIRO BORGES

**MODULAÇÃO DE EFEITOS EM CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICA  
JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília - UnB

**Orientador:** Prof. Doutor Jorge Amaury Maia  
Nunes

Brasília

2014

FREDERICO ALENCAR MONTEIRO BORGES

**MODULAÇÃO DE EFEITOS EM CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICA  
JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca  
examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes  
Orientador

---

Professor Doutor Henrique Araújo Costa  
Membro da banca

---

Professor Doutor Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes  
Membro da banca

---

Professor Mestre Thiago Luís Santos Sombra  
Membro suplente da banca

Brasília, 27 de junho de 2014

A Deus, guia de minhas ações e pensamentos,  
Aos meus pais, origem e destino de todo meu amor,  
Aos meus irmãos, pedaços de mim,  
Aos meus amigos, irmãos que a vida me deu.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente aos meus pais, pelo apoio incondicional à minha educação e pela confiança que sempre depositaram em meu futuro;

À Universidade de Brasília, que muito além de me proporcionar uma formação em Direito, expandiu meus horizontes e me tornou mais cidadão;

Agradeço ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que há quase três anos vem moldando meu caráter profissional e aguçando minhas percepções sobre a prática jurídica;

Ao Professor Jorge Amaury Maia Nunes, que orientou a produção deste trabalho de forma tão solícita e paciente;

Agradeço aos professores Henrique Araújo Costa, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Thiago Luís Santos Sombra, pela disponibilidade e pela honra em tê-los nesta banca;

À Doralice Neves, pelo incentivo ao estudo, pelas orientações profissionais e pela confiança depositada incessantemente em minha capacidade. À Suely das Chagas, pelo apoio constante e pelo auxílio com a formatação deste trabalho.

*“The life of the law has not been logic; it has been experience...  
The law embodies the story of a nation's development through many centuries,  
and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms  
and corollaries of a book of mathematics.”*

Oliver Wendell Holmes

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo a análise teórica e prática acerca da modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. À míngua de disposição normativa expressa a respeito do tema, seu estudo demanda um profundo debate quanto aos efeitos das decisões de inconstitucionalidade e à técnica da modulação de efeitos em si. As teses tradicionais relativas à atribuição de efeitos se mostram limitadas, atualmente, em face da complexidade crescente das demandas submetidas à fiscalização de conformidade com a Carta Política. Falar apenas de nulidade ou anulabilidade estrita das normas inconstitucionais representa vinculação desmedida a teorias que não conseguiram se sustentar nem mesmo nos países em que foram desenvolvidas. A prática nacional, bem como a de outros países, tem apontado para a criação de técnicas que possibilitem maior flexibilidade ao órgão julgador no momento da atribuição de efeitos, além de uma redução das antigas fronteiras entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Os argumentos correntes de inconstitucionalidade da técnica de modulação demonstram o apego excessivo àquele tradicionalismo e a ausência de uma reflexão mais profunda sobre o dogma da nulidade no direito brasileiro. Superados os argumentos de inconstitucionalidade, e analisadas as bases teóricas que sustentam o uso da técnica de modulação em controle difuso, é possível traçar um perfil da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, considerando sempre os rumos tomados no direito internacional e as críticas que podem ser formuladas a seu respeito.

**Palavras-chave:** modulação; controle de constitucionalidade; controle difuso; Supremo Tribunal Federal; decisão de inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the theory and practice regarding the limitation of effects conducted on the diffused constitutional review in Brazil. Due to the reduced amount of normative provision on the matter, its study demands a profound debate concerning the effects of a decision for unconstitutionality and the limitation of effects itself. The traditional stands related to the attribution of effects have proven themselves to be limited, as the legal demands submitted to constitutionality control become even more complex. Narrowing the discussion to invalidity or annulment of unconstitutional laws represents an unreasonable attachment to theories which have failed to be sustained even in the countries where they were developed. The Brazilian experience, as it occurs in other States, has indicated towards the creation of techniques which allow more flexibility to the judging body when limiting the effects of a decision, in addition to reducing the former barriers between diffused and concentrated constitutional review. The current arguments regarding the unconstitutionality of the limitation of effects technique demonstrate the excessive attachment to traditionalism and the lack of a more profound reflection on invalidity under Brazilian law. Having surpassed the arguments of unconstitutionality and analyzed the theoretical grounds in which the limitation of effects under diffused review are settled, it is possible to establish a profile of the case law of the Brazilian Supreme Court on the matter, always considering the criticism which can be made on its regard and the path taken by international law.

**Key-words:** constitutional review; diffused control; Supreme Court; unconstitutionality decision.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1: OS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>12</b>
1.1 Controle de constitucionalidade das normas.....	12
1.2 A tese da nulidade da norma inconstitucional.....	15
1.3 A tese da anulabilidade da norma inconstitucional.....	18
1.4 Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no Brasil.....	20
<b>CAPÍTULO 2: O ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99.....</b>	<b>27</b>
2.1 Evolução jurisprudencial e positivação da técnica de modulação de efeitos.....	27
2.2 Discussão sobre a constitucionalidade da técnica de modulação de efeitos.....	30
2.3 Termos jurídicos indeterminados no texto do artigo 27 da Lei 9.868/99.....	35
a) Segurança jurídica.....	36
b) Excepcional interesse social.....	39
<b>CAPÍTULO 3: FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM CONTROLE DIFUSO.....</b>	<b>43</b>
3.1 Fundamentação teórica.....	43
a) Da inexistência de disposição normativa sobre o tema.....	43
b) Do caráter restritivo, e não inovador, dos artigos 11 e 27 das Leis 9.882/99 e 9.868/99.....	44
c) Da modulação de efeitos enquanto apanágio do controle de constitucionalidade. ....	46
d) Das mudanças de entendimentos consolidados.....	48
e) Da redução das fronteiras entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade.....	49
3.2 Jurisprudência brasileira sobre modulação de efeitos em controle incidental.....	50
3.3 Modulação de efeitos e sistemas de controle em outros países.....	56
a) Sistema norte-americano.....	56
b) Sistema alemão.....	59
c) Sistema austríaco.....	61
d) Sistema português.....	62
3.4 Considerações finais.....	63
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

O caráter misto do controle de constitucionalidade exercido no direito brasileiro levanta inúmeros questionamentos a respeito da convivência entre os modelos concreto e abstrato. Apesar das tendências de diminuição das fronteiras entre ambos, ainda persistem certas tentativas de interpretá-los como sistemas estanques, gerados à luz das distinções clássicas entre o modelo difuso norte-americano e o concentrado europeu. Conquanto nem mesmo em seus locais de origem as características tradicionais das duas formas de controle tenham resistido à ação do tempo e das experiências das Cortes, ainda há argumentos no sentido da preservação de entendimentos tradicionais, especialmente a respeito dos efeitos de decisões de inconstitucionalidade em cada um deles.

Nesse âmbito se insere, de forma mais ampla, o debate sobre a modulação de efeitos, e, especificamente, sobre seu uso no controle difuso de constitucionalidade brasileiro. O desenvolvimento crescente de técnicas de decisão de inconstitucionalidade no cenário nacional, bem como em outros países, aponta para uma necessidade de maiores estudos acerca dessas questões. Neste estudo, buscam-se analisar os fundamentos da técnica de limitação de efeitos, de forma geral, e de seu uso específico no controle difuso de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, à míngua de disposição normativa expressa sobre o tema. Para isso, necessário traçar um panorama sobre a forma como se concebe a decisão de inconstitucionalidade no País, e os motivos pelos quais se tenha firmado esse entendimento.

Assim, primeiramente, proceder-se-á à análise dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, de forma ampla. Serão estudados os dois maiores sistemas de controle de constitucionalidade mundiais, bem como seus reflexos sobre os entendimentos na doutrina e jurisprudência brasileiras sobre decisão de inconstitucionalidade. Por meio de um panorama histórico acerca da concepção que se tem, no Brasil, quanto aos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade será possível compreender as atuais críticas sobre a técnica de modulação e seu uso em controle difuso.

Posteriormente, a positivação da técnica de modulação de efeitos no País, por meio do artigo 27 da Lei 9.868/99 – e posteriormente pelo artigo 11 da Lei 9.882/99 – será analisada cuidadosamente. As discussões sobre a constitucionalidade do dispositivo dependerão do que se abordou no primeiro capítulo acerca da decisão de inconstitucionalidade e como os seus efeitos vêm sendo admitidos no Brasil. Ao analisar o dispositivo, ainda, será possível indicar o tipo de argumentação que a jurisprudência e a doutrina desenvolvem a respeito do uso da técnica, que deveria ter por base uma ponderação aprofundada e estritamente constitucional.

Tendo por base o subsídio teórico dos capítulos anteriores, o último tópico deste estudo condensará a fundamentação teórica que possibilita o exame da modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade, bem como analisará a prática jurisprudencial do Supremo a respeito do tema. Os sistemas de controle de outros países serão também abordados nesse último tópico, a fim de que se vislumbrem os rumos que, internacionalmente, o tema da limitação de efeitos vem tomando.

## CAPÍTULO 1: OS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

### 1.1 Controle de constitucionalidade das normas

A pirâmide normativa proposta por Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, situa a Carta Magna no topo de todas as normas, que lhe são subordinadas e possuem nela sua fonte de validade. Segundo o autor, a Constituição moderna possui como núcleo conceitual a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem <sup>1</sup>. Ela seria, então, fundamento do próprio Estado, base da ordem jurídica em si:

O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma de Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estaduais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal. <sup>2</sup>

Para garantir a superioridade da Carta Política, conquanto reconheça a existência de outros mecanismos, Kelsen defende a anulação do ato inconstitucional como sendo o principal e mais eficaz. Segundo ele, essa forma de garantia da Constituição não pode ser atribuída a órgão legislativo, tendo em vista a impossibilidade de obrigá-lo, eficazmente, a anular leis votadas por si próprio, ou ainda, a eliminar uma norma pelo fato de outra instância tê-la declarado inconstitucional. Tal atribuição caberia, assim, a um órgão diferente daquele que elabora as leis, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional <sup>3</sup>.

Ao lado da perspectiva kelseniana sobre controle de constitucionalidade, pode-se também interpretar o mecanismo como uma forma de “realização”, nos termos de Konrad Hesse. Para o autor, a fim de que as normas ditadas pelo texto constitucional não passem de

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3 Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 130.

<sup>2</sup> *Ibid*, p.130.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 150.

letra morta, devem ser plenamente realizadas na conduta humana, sendo que o Direito Constitucional se concretiza por meio dessa atuação. Apenas assim, tornam-se os mandamentos constitucionais realmente formadores e conformadores da realidade histórica:

Essa realização não é algo que se possa dar por suposto. Depende de quanto a Constituição efetivamente motiva e determina a conduta humana, portanto, em que as suas normas se achem ‘em vigor’ não só hipoteticamente mas também de fato. Essa vigência real da Constituição não se alcança pelo só fato de ela existir.<sup>4</sup>

Controle de constitucionalidade, portanto, para além de um mecanismo de manutenção da harmonia e unidade do ordenamento jurídico<sup>5</sup>, responsável pela eliminação de atos normativos incompatíveis com a Constituição – como proposto por Kelsen –, representa também uma forma de realização das disposições constitucionais, de determinação das condutas humanas em certo sentido – nos termos colocados por Hesse. Nas palavras de De Castro, “[...] ele opera a fusão entre o conteúdo jurídico-político do ordenamento e o manto social”<sup>6</sup>.

Ademais, por esse mecanismo, asseguram-se dois aspectos fundamentais atribuídos a diversas Constituições modernas: rigidez e superioridade hierárquica. Primeiramente, o controle de constitucionalidade se presta a assegurar a rigidez da Carta Magna. Em havendo um procedimento especial, mais gravoso, de alteração das disposições constitucionais – por meio de emendas –, não se pode deferir ao processo legislativo ordinário a alteração de seu texto, por meio da promulgação de leis que contrariem suas normas. Controlar a constitucionalidade dos atos normativos é, assim, assegurar que não se alterem os mandamentos constitucionais pela via ordinária de criação de leis. Além disso, a jurisdição constitucional resguarda a supremacia da Carta Política, uma vez que afasta do ordenamento normas hierarquicamente inferiores que a contrariem de alguma forma.

Historicamente, embora haja precursores ainda mais antigos do controle de constitucionalidade<sup>7</sup>, o precedente judicial de maior destaque em que se afirmou o poder de

<sup>4</sup> HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

<sup>6</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012, p. 75.

<sup>7</sup> No artigo de número 78, dos *Federalist Papers* (1787), Alexander Hamilton já falava do controle de normas contrárias à Constituição e do papel do Judiciário de anulá-las, debatendo também se tal poder não implicaria superioridade do Judiciário sobre o Legislativo: “Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. As this doctrine is of great importance in all the American constitutions, a brief discussion of the ground on which it rests cannot be unacceptable. [...] There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid.” (HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers* n. 78).

uma corte para exercer controle de constitucionalidade, deixando de aplicar leis consideradas contrárias à Constituição, foi o célebre caso *Marbury v. Madison* <sup>8</sup>, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em momento de grande tensão política. Como ressalta Barroso <sup>9</sup>, ainda que já houvesse precedentes identificáveis até mesmo na Antiguidade de “supremacia constitucional”, foi com a argumentação desenvolvida pelo *Chief Justice* Marshall acerca da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria, que a tese ganhou alcance e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias.

Foram três os principais fundamentos apontados pelo *Chief Justice* para justificar o controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário: primeiramente, a supremacia da Constituição, encarada como lei fundamental e superior da nação; após, a nulidade da lei que contraria a Constituição; por fim, o posicionamento do Poder Judiciário como intérprete final do texto constitucional. A perspectiva norte-americana sobre controle de constitucionalidade ganhou alcance em tempo e em espaço, tornando-se modelo para diversos países, a exemplo do Brasil, que deu início à sua jurisdição constitucional tendo por base o modelo estadunidense de controle difuso.

Sobre a importância do precedente citado, ressalta Barroso:

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas. <sup>10</sup>

Atualmente, e em conformidade com a argumentação do *Chief Justice* Marshall e do jurista Hans Kelsen, o Judiciário brasileiro é o principal responsável pelo controle de constitucionalidade das normas (o que não implica impossibilidade de exercício do controle por outros poderes, a exemplo das Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso). Conquanto tenha adotado modelo de jurisdição constitucional inicialmente difuso, adaptado da experiência norte-americana, desde a Emenda Constitucional nº 16/65 o país se vale de um modelo misto de controle de constitucionalidade. Assim, a eliminação de normas inconstitucionais do ordenamento compete não apenas à Corte Constitucional, apta a

<sup>8</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 32.

analisar a constitucionalidade de leis em abstrato, mas também a todos os juízes e tribunais brasileiros, aos quais é atribuído o controle de forma concreta, incidental.

## 1.2 A tese da nulidade da norma inconstitucional

Muito se debate acerca dos efeitos e da própria natureza da decisão de inconstitucionalidade. A teoria das nulidades foi adaptada do direito civil para auxiliar a discussão sobre o tema, ensejando divisão entre aqueles que defendem a nulidade das normas inconstitucionais e os que apregoam sua anulabilidade. As duas teses refletem diferenças teóricas não apenas quanto ao fenômeno da inconstitucionalidade, mas também quanto à natureza e aos efeitos da decisão que a declara (ou constitui).

A visão mais clássica, desenvolvida especialmente nos Estados Unidos a partir do caso *Marbury v. Madison*, apregoa a nulidade do ato inconstitucional e afirma que a decisão de inconstitucionalidade possui natureza declaratória, tendo em vista que apenas aponta a desconformidade pré-existente do ato normativo em face da Constituição Federal. Assim, traria a ideia da lei “natimorta”, já que existente enquanto ato estatal, mas em desconformidade (seja em razão de vício material ou formal) com relação ao paradigma de controle, ou “bloco de constitucionalidade”.

A ideia de nulidade da norma inconstitucional foi apontada, desde tempos anteriores a *Marbury v. Madison*, como corolário do próprio controle de constitucionalidade. O raciocínio parte da noção de que, se a Constituição é a norma suprema, conformadora de todo o ordenamento jurídico e a própria fonte de sua validade, não se pode admitir que uma lei contrária às suas disposições seja válida e produza efeitos. Isso porque, se admitirmos que uma lei inconstitucional possui eficácia jurídica, a despeito de seu confronto com a Carta Magna, ocorre uma negativa de vigência da própria Constituição, o que seria inadmissível em se afirmando sua supremacia e rigidez.

Já nos *Federalist Papers*, artigos publicados em favor da ratificação da Constituição de 1787 dos Estados Unidos, afirmava Alexander Hamilton: “nenhum ato legislativo, portanto, contrário à Constituição, pode ser válido”. Dizia ele que a Constituição deve ser tida pelos julgadores como a lei fundamental do país, e que, no confronto entre ela e qualquer ato legislativo, as disposições constitucionais deveriam ser respeitadas, ou seja, a vontade do povo deveria prevalecer em face da vontade de seus agentes. Diferente dos conflitos entre leis

de mesma hierarquia, a serem solucionados pelos tradicionais critérios *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, do embate entre lei e Constituição deve prevalecer sempre o que dispõe a norma fundamental. O entendimento, já formulado de forma clara nos *Federalist Papers*, foi reafirmado pelo *Chief Justice* Marshall no caso *Marbury v Madison*, e amplamente difundido para praticamente todos os países que adotaram o modelo judicial de controle de constitucionalidade (sendo a Áustria e a Itália as exceções de maior destaque).

A tese do ato inconstitucional nulo continuou a ser desenvolvida por muitos anos nos Estados Unidos, até o ponto em que se afirmava que a expressão “lei inconstitucional” seria uma *contraditio in terminis*, tendo em vista que “*the unconstitutional statute is not law at all*”<sup>11</sup>. Como efeito de todo esse raciocínio, além da já mencionada natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade, decorreu também a tese da produção de efeitos *ex tunc*, ou seja, a noção de que a negativa de vigência da norma inconstitucional anula todos os efeitos que dela decorreram desde a sua criação.

Barroso afirma que, segundo a tese da nulidade, a norma inconstitucional existe, mas é inválida. Segundo o autor, uma lei que sofre declaração de inconstitucionalidade por parte do Judiciário não se torna inexistente, à míngua de ato formal que a elimine do ordenamento jurídico. Ela é fulminada de vício quanto à validade, porque, apesar de ter ingressado no mundo jurídico, possuindo aplicação efetiva e determinando situações juridicamente relevantes, encontra-se em desconformidade com o regramento superior, ou seja, desatende a requisitos impostos pela norma maior. Sendo inválida, a norma inconstitucional também não possui eficácia, pois não deve ser aplicada, não é capaz de produzir seus efeitos típicos<sup>12</sup>

Alfredo Buzaid, no mesmo sentido, argumenta:

[...] que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula, não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ‘ab initio’. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum momento de validade. O que afirma, em suma, a doutrina americana e brasileira, é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço e não a adquire jamais com o decurso do tempo. Se toda a doutrina da inconstitucionalidade se funda na antinomia entre a lei e a Constituição, e se a solução se baseia no princípio da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, atribuir a esta uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial, equivale a negar durante esse tempo a autoridade da Constituição. [...] Se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei se suspende, necessariamente,

<sup>11</sup> WILLOUGHBY, W. W. *The constitutional Law of the United States*. New York: 1910. v. 1, p. 9-10 *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 495.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35/36.



a eficácia da Constituição. Ou em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição.<sup>13</sup>

Ainda quanto à tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais, há doutrina que reconhece vício de existência, e não apenas de validade na norma inconstitucional. De Castro explica que a teoria das invalidades dos atos administrativos “*lato sensu*” tem origem no direito romano e, inicialmente, não diferia nulidade de inexistência (DE CASTRO, 2012, p. 101). Pertencente ao ramo do *jus civile*, apenas a figura do *nullus* existia, que equivalia à nulidade do ato. A anulabilidade, proveniente do instituto romano da *in integrum restitutio*, desenvolveu-se somente a partir da Idade Média. Talvez por esse motivo, doutrinadores como Francisco Campos (de modo contrário ao que afirma Barroso, por exemplo), afirmam nem sequer restar preenchido o plano da existência quando se trata de lei inconstitucional:

Tal inexistência ou nenhumidade [...] decorre, imediata e necessariamente, do conceito de inconstitucionalidade, o qual implica as mesmas conseqüências da anulabilidade de pleno direito [...]: um ato ou lei inconstitucional é ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexiste de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido. [...] Um ato do poder legislativo em contravenção a uma cláusula constitucional não é, com efeito, uma lei. Quando concorrem em um determinado caso uma lei inconstitucional e a constituição, não tem o poder judiciário que indagar qual a superior para saber a que deve aplicar, se a suposta lei, se a constituição. A operação do juiz se resume a examinar se o ato que tem aparência de lei é, de fato, uma lei. [...] Não pode haver hierarquia entre o que é lei e o que não é, entre realidade e a aparência, entre o que existe e o que não existe.<sup>14</sup>

Ressalta-se, desde já, que a tese da nulidade dos atos inconstitucionais vem sofrendo atenuações desde meados da década de 60, especialmente nos Estados Unidos. Enquanto se desenvolvia de forma quase dogmática em outros países, a exemplo do Brasil, o direito norteamericano começou a assumir novos rumos quanto ao tema a partir do *leading case Linkletter v. Walker*<sup>15</sup>, no âmbito criminal, e *Chevron Oil v. Huson*<sup>16</sup>, no cível. Os efeitos retroativos obrigatórios da decisão de inconstitucionalidade, consequência teórica da tese de nulidade, foram cedendo espaço à noção de que caberia ao Poder Judiciário, por meio de política judicial (*judicial policy*), fixar a retroatividade ou prospectividade de suas decisões (por meio, por exemplo, de técnicas de superação de precedentes, como o *prospective overruling*). Assim, a depender das circunstâncias e particularidades de cada caso, seria fixada a manutenção ou anulação dos efeitos da norma inconstitucional.

<sup>13</sup> BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, São Paulo, 1958, p. 128-131.

<sup>14</sup> CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1942, p. 48-50.

<sup>15</sup> 381 U.S. 618 (1965). O caso será estudado mais adiante, no tópico “a”, do item 3.3.

<sup>16</sup> 404 U.S. 97 (1971).

### 1.3 A tese da anulabilidade da norma inconstitucional

Ao lado do modelo norte-americano de controle, que fundamentou a tese da nulidade dos atos inconstitucionais, desenvolveu-se na Europa tese diversa acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O jurista austríaco Hans Kelsen foi o principal responsável por sistematizar teoricamente um modelo de controle que já vinha sendo desenvolvido no continente europeu. A Constituição Austríaca de 1920, aperfeiçoada pela reforma de 1929, valeu-se da tese da anulabilidade dos atos inconstitucionais, aplicando modelo completamente distinto do norte-americano de fiscalizar a adequação das leis ao texto constitucional.

Kelsen propôs um modelo de controle concentrado, em que o pronunciamento sobre a constitucionalidade das normas caberia exclusivamente à Corte Constitucional, órgão de natureza jurídico-política, independente tanto do Poder Legislativo quanto do Judiciário. Esse Tribunal seria responsável por fiscalizar a adequação das normas à Constituição e, em verificando desconformidade, anulá-las. Aos juízes e tribunais ordinários não seria atribuída função semelhante, em face principalmente da busca por segurança jurídica que permeia toda a obra do jurista austríaco. Cappelletti afirma <sup>17</sup>, a esse respeito, que Kelsen não julgava adequado transpor mecanismos típicos do *common law* a países que adotavam o *civil law*, máxime pelo risco de decisões divergentes entre os juízes e tribunais, que em nada se vinculavam uns aos outros. Ou seja, cada juiz poderia decidir, incidentalmente, como bem entendesse sobre a constitucionalidade das normas, o que geraria situações de grave conflito dentro do Judiciário, além de incertezas quanto à aplicação do direito.

Assim, o controle de constitucionalidade na Áustria deixa de ser tratado como uma atividade de interpretação a ser exercida pelos juízes, que decidiriam sobre a aplicabilidade da lei ao caso concreto (*judicial review*), para constituir procedimento especial, aplicado exclusivamente pela Corte Constitucional do país.

A presunção que sustenta o funcionamento desse novo método de controle, impedindo que juízes e tribunais comuns exercessem o *judicial review*, é a de que todas as leis são válidas até que a Corte Constitucional se pronuncie sobre sua constitucionalidade. Trata-se de presunção que, obviamente, não poderia ser aplicada para os países que adotaram o controle

---

<sup>17</sup> CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 75-100.

difuso. No novo modelo de controle concentrado, apenas a Corte está autorizada a afastar a presunção de validade das leis, e, uma vez que se manifesta sobre sua constitucionalidade, não cabe aos juízes ou tribunais questionar a decisão.

Sobre a presunção de validade dos atos normativos, até o pronunciamento da Corte Constitucional, afirma Kelsen:

[...] uma lei inválida não pode ser afirmada como contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, pois inexiste juridicamente. O sentido possível para a expressão “lei contrária à Constituição” só pode ser o seguinte: a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual (lei posterior revoga a anterior), mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.<sup>18</sup>

Essa presunção de validade tem como consequência teórica, no âmbito da teoria kelseniana, a atribuição de caráter constitutivo negativo à decisão de inconstitucionalidade<sup>19</sup>. Em havendo validade presumida dos atos normativos até o pronunciamento da Corte Constitucional, não ocorreria mera declaração de nulidade do ato contrário à Constituição, mas sim a cassação de uma lei que, antes da decisão, gozava de validade e eficácia. Pela Constituição austríaca de 1920, portanto, o sistema de controle seria constitutivo de invalidade e ineficácia das leis contrárias às suas disposições, e não meramente declaratório.

Com a decisão de inconstitucionalidade da Corte Constitucional austríaca, a lei analisada se tornava ineficaz para todos, como se sobreviesse nova disposição legal abrogatória. Em função disso, a atividade da Corte se assemelhava à de um legislador negativo, que retirava normas inconstitucionais do ordenamento, fazendo com que as disposições legislativas pré-existentis voltassem a vigorar (Constituição austríaca, artigo 140, § 5º, e nº 7, 2ª parte). Por isso, a decisão possuiria efeitos *ex nunc*, tendo em vista que não afetava as situações já modificadas pela lei durante o período em que possuía presunção de validade. Caberia à Corte, excepcionalmente, determinar que a anulação da lei operasse somente a partir de uma determinada data, mas sempre posterior ao pronunciamento de inconstitucionalidade.

Regina Ferrari, em sua doutrina, esclarece a teoria kelseniana, criticando a tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais:

---

<sup>18</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 287

<sup>19</sup> Aqui se utilizam, da mesma forma que os demais doutrinadores citados neste trabalho, categorias de direito subjetivo para analisar a natureza da decisão de inconstitucionalidade. Separar as decisões judiciais em decisões declaratórias, constitutivas, condenatórias ou mandamentais é complexo até mesmo em sede de ações subjetivas. Não deixamos de reconhecer a dificuldade em aplicar tais categorias a ações objetivas de controle de constitucionalidade. Nada obstante, limitamo-nos à categorização tradicional que se tem feito na doutrina para não fugir ao tema central do trabalho.

Autores há que, apesar de reconhecerem efeitos *ex tunc* à constatação de invalidade, admitem que os efeitos produzidos pelo ato normativo inválido possam ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico, podendo mesmo ser ainda considerados como insuscetíveis de eliminação, sob alegação de que o direito pode dar significação aos fatos, mas não pode impedir que eles ocorram, nem pode eliminar seu registro histórico. [...] Outro não pode ser o entendimento, senão o que nos leva à aceitação de que a lei inconstitucional, enquanto não tenha sido como tal considerada, opera eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida, já que assim o é, até a decretação de sua inconstitucionalidade. [...] Reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar *ex tunc*, estendendo-se ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do direito e a sua própria finalidade.<sup>20</sup>

Assim como nos Estados Unidos, em que o dogma da nulidade foi atenuado, especialmente a partir da década de 60, também na Áustria, como em outros países, o rigor da aplicação de efeitos *ex nunc* cedeu em pouco tempo. Como destaca De Castro, “Na Áustria, as exigências práticas – e não dogmáticas – levaram à atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade”. A reforma constitucional de 1929 já introduziu no sistema de controle do país a possibilidade de atribuição de efeitos *ex tunc* em favor do autor da ação na qual surgida a arguição de inconstitucionalidade. Também o modelo concentrado sofreu temperamentos naquela ocasião, pois foi atribuída a dois órgãos do Judiciário<sup>21</sup> a possibilidade de pedir à Corte Constitucional que se manifestasse incidentalmente sobre a constitucionalidade de certos atos normativos.

#### 1.4 Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no Brasil

Como visto, as duas principais teses sobre efeitos e natureza da decisão de inconstitucionalidade acompanharam a fundamentação teórica de dois sistemas distintos de controle: nos Estados Unidos, a tese da nulidade teve origem com o sistema difuso, implementado por meio do *judicial review*; na Áustria, a tese da anulabilidade desenvolveu-se ao lado do sistema concentrado, levado a efeito por meio da Corte Constitucional.

<sup>20</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 161/163.

<sup>21</sup> A lei austríaca de revisão da Constituição, ocorrida em 1929, modificou parcialmente o sistema de controle. Mantida a via da ação direta, foi alterado o artigo 140 da Constituição, para acrescentar a legitimação também de dois órgãos judiciários ordinários: à Corte Suprema, para as causas civis e penais, e à Corte Suprema para as causas administrativas. [...] Assim nasceu no Direito austríaco, um sistema de controle de constitucionalidade de caráter híbrido (CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012, p. 83/84).

No Brasil, para que mais bem se compreenda o entendimento predominante acerca da natureza e dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, é importante que também se esclareça a trajetória histórica por que passou o sistema de controle. A adoção inicial do modelo difuso, bem como as influências de *Marbury v. Madison*, *Linkletter v. Walker* e da doutrina kelseniana possuíram ampla repercussão na forma como evoluiu a perspectiva brasileira em torno do debate nulidade x anulabilidade dos atos inconstitucionais.

A Constituição Imperial de 1824, por influência francesa, apenas deferiu ao Poder Legislativo, de forma vaga, a atribuição de “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n.º 8º e 9º). O controle de constitucionalidade foi instituído, de fato, apenas por meio da Constituição Imperial de 1891, na qual, por influência norte-americana, adotou-se o sistema difuso de controle. O artigo 3º do Decreto n.º 848/1890 estabelecia que “na guarda e aplicação da Constituição e Leis Federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da Parte”. Vale dizer que a fiscalização quanto à constitucionalidade das normas ocorreria por via de exceção, sempre de forma incidental e mediante provocação dos litigantes, a ser efetivada por qualquer juiz federal.

Ainda por influência norte-americana, máxime em face do que se decidiu em *Marbury v. Madison*, o entendimento inicial em termos de decisão de inconstitucionalidade, e que prevaleceria por muitos anos, foi o de que o ato inconstitucional era plenamente nulo, e não apenas anulável. A decisão de inconstitucionalidade configuraria, assim, apenas declaração de desconformidade com a Constituição, tendo como consequência o desfazimento *ex tunc* daqueles efeitos produzidos pela norma anulada.

Ruy Barbosa foi importante jurista brasileiro influenciado pela doutrina norte-americana de controle de constitucionalidade. No início do regime republicano, era Ministro da Fazenda do Governo Provisório e foi basicamente o autor do Projeto do Governo da *Constituição Aprovada pelo Executivo*, texto publicado pelo Decreto 510, de 22.6.1890 e que viria a constituir, quase em sua inteireza, a Constituição republicana de 1891. Suas concepções acerca da natureza do fenômeno da inconstitucionalidade foram decisivas para que a doutrina brasileira adotasse como regra a tese da nulidade dos atos inconstitucionais e da natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade. Segundo o jurista, “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula” (BARBOSA, 1893, p. 47).

Ao tratar acerca da influência norte-americana sobre a regra da retroatividade *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, bem como de seu efeito *erga omnes*, ressalta Lúcio Bittencourt:

Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os seus subseqüentes, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.<sup>22</sup>

O modelo exclusivamente difuso, de clara influência norte-americana, prevaleceu no Brasil até a década de 60, com o advento da Emenda Constitucional n.º 16/1965, que instituiu, ao lado da representação interventiva, o controle abstrato de normas estaduais e federais. O modelo abstrato foi então consagrado na forma de uma representação a ser proposta pelo Procurador-Geral da República. Como leciona Gilmar Mendes a respeito da introdução do modelo abstrato no ordenamento:

A Emenda n. 16, de 26-11-1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. [...] A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípua de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes”, veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.<sup>23</sup>

Conquanto se tenha introduzido no País, ao lado do sistema difuso de influência norte-americana, o modelo concentrado de controle, não houve grandes alterações de entendimento quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A tese da nulidade dos atos inconstitucionais, ao lado da natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade, desenvolveu-se no meio doutrinário e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como uma espécie de dogma. Na verdade, apesar de o modelo concentrado possuir origem kelseniana, o efeito de sua inserção no Brasil foi justamente no sentido contrário ao da tese da anulabilidade defendida por Kelsen. Gilmar Mendes explica que a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão proferida em sede de representação de inconstitucionalidade, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, veio apenas a reforçar a tese da nulidade, que já prevalecia entre nós por quase um século sem o mínimo reforço dogmático. Segundo o autor, não havia no Brasil instituto semelhante ao *stare decisis* norte-americano, que impedia os demais tribunais de conferirem eficácia às normas censuradas pela Suprema Corte no controle incidental. Com a adição do controle abstrato e a atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões em sede de representação interventiva, ocorreu o “casamento entre as concepções teóricas

<sup>22</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 140/141 10 apud MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 527.

<sup>23</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.141/ 1.142.

sobre a nulidade da lei inconstitucional e a dogmática constitucional” (MARTINS, MENDES, 2009, p. 543).

Jurisprudencialmente, cabe colacionar algumas ementas de julgados do Supremo Tribunal Federal que vão ao encontro da tese de nulidade dos atos normativos inconstitucionais:

A DECISÃO QUE EM AÇÃO DIRETA DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI, TEM EFEITO "EX TUNC". ASSIM SENDO, NÃO SE JULGA PREJUDICADA A REPRESENTAÇÃO QUANDO A LEI INQUINADA DE INCONSTITUCIONAL É REVOGADA NO CURSO DA AÇÃO DECISÃO TOMADA POR MAIORIA DE VOTOS. II-PROCEDÊNCIA "IN TOTUM" DA REPRESENTAÇÃO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS [...].<sup>24</sup>

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO DIRETA. EFEITO EX TUNC, ASSIM RECONHECIDO PELO ACÓRDÃO LOCAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO NA FORMA REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE SE DEIXA DE CONHECER. [...] Não existe direito adquirido contra a Constituição. O direito adquirido de que com proficiência trata Gabba: existência de um fato e a existência da lei, é o que deriva da norma não inconstitucional. [...] A declaração, porém, de inconstitucionalidade, opera *ex tunc*, sendo nulos de pleno direito os atos praticados sob o manto do texto inconstitucional. Jurisprudencial e doutrinariamente é pacífico esse entendimento.<sup>25</sup>

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO [...] O REPÚDIO AO ATO INCONSTITUCIONAL DECORRE, EM ESSÊNCIA, DO PRINCÍPIO QUE, FUNDADO NA NECESSIDADE DE PRESERVAR A UNIDADE DA ORDEM JURÍDICA NACIONAL, CONSAGRA A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. [...] ATOS INCONSTITUCIONAIS SÃO, POR ISSO MESMO, NULOS E DESTITUÍDOS, EM CONSEQUÊNCIA, DE QUALQUER CARGA DE EFICÁCIA JURÍDICA. - A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI ALCANÇA, INCLUSIVE, OS ATOS PRETÉRITOS COM BASE NELA PRATICADOS, EIS QUE O RECONHECIMENTO DESSE SUPREMO VÍCIO JURÍDICO, QUE INQUINA DE TOTAL NULIDADE OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO, DESAMPARA AS SITUAÇÕES CONSTITUÍDAS SOB SUA ÉGIDE E INIBE - ANTE A SUA INAPTIDÃO PARA PRODUZIR EFEITOS JURÍDICOS VÁLIDOS - A POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DE QUALQUER DIREITO [...].<sup>26</sup>

Essa espécie de dogma que se formou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à nulidade dos atos normativos inconstitucionais foi atenuada ao longo das reformas constitucionais seguintes. Influenciadas especialmente pelo *leading case Linkletter v. Walker*, bem como por diversas técnicas mais modernas de modulação de efeitos, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a doutrina se posicionaram de modo mais flexível a respeito da

<sup>24</sup> Supremo Tribunal Federal, Rp 971/RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Djaci Falcão, Julgamento em 03/11/1977, Publicação no DJ em 07/11/1978.

<sup>25</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 93.356/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Leitão de Abreu, Julgamento em 24/03/1981, Publicação no DJ em 04/05/1981.

<sup>26</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 652/MA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em 02/04/1992, Publicação no DJ em 02/04/1993.

rigidez quanto à atribuição de efeitos *ex tunc*, em caso de decisão de inconstitucionalidade. Como leciona Ana Paula Ávila:

Inspirados em Rui Barbosa, diversos constitucionalistas brasileiros acataram como dogma a teoria da nulidade da lei inconstitucional [...]. Como consequência firmou-se o dogma da nulidade da lei inconstitucional, conferindo-se à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc* e impondo o desfazimento no tempo de todos os atos passíveis de retroação que tivessem ocorrido durante a vigência do ato inconstitucional. [...] Mas, enquanto, no Brasil, a nulidade da lei inconstitucional assumia a condição de dogma, no direito norte-americano a questão tomava novos rumos com o *leading case Linkletter v. Walker*. Esse importante julgado da Suprema Corte norte-americana mereceu reiteradas referências na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque introduziu, no sistema norte-americano, tradicionalmente inflexível quanto à regra da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, novas luzes sobre a retroatividade dos efeitos.<sup>27</sup>

Os novos precedentes norte-americanos, que relativizavam mesmo em sede de controle difuso a rigidez da tese da nulidade, tiveram reflexos na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Doutrinadores como Regina Ferrari, além de ministros como Leitão de Abreu e Gilmar Mendes foram defensores convictos de que a atribuição de efeitos *ex tunc* a toda e qualquer decisão de inconstitucionalidade representava inflexibilidade não trazida pelo texto constitucional, além de gerar consequências contrárias às suas disposições.

Regina Ferrari alerta que a aplicação irrestrita da teoria das nulidades, proveniente do direito privado, para o âmbito do direito público pode ocasionar problemas graves, especialmente no tocante aos efeitos constituídos pelas normas anuladas, se forem sempre consideradas nulas de pleno direito:

[...] embora havendo comunhão de origens, a construção civilista não deve ser transplantada para o campo do direito público sem limitações, já que nem sempre a nulidade do direito civil pode ter o mesmo efeito quanto à sua equivalente no direito público, pois as maiores divergências entre ambas são aquelas referentes aos efeitos das mesmas. [...] os princípios do direito civil só podem ser aplicados ao campo do direito público muito limitadamente, através de uma adaptação inteligente, que permite a realização e o respeito dos interesses que este visa a proteger. [...] sabemos que o ato nulo é aquele considerado como jamais existente, quando a nulidade ocorre de pleno direito e, portanto, ninguém é obrigado a obedecer-lhe. Isto, porém, não pode ser aplicado dentro do âmbito deste estudo, na medida em que uma lei traz, em si mesma, a presunção de validade, até que apurada sua invalidade pelo órgão determinado pelo ordenamento jurídico como competente para tal, permanecendo como válida e, portanto, obrigatória até este momento.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras da argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 37/39.

<sup>28</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 152/159.



No mesmo sentido, o ministro de Leitão de Abreu proferiu inúmeros votos – vencidos, em sua grande maioria – nos quais se mostrava contrário à aplicação irrestrita da tese da nulidade, argumentando em favor de uma análise mais cuidadosa acerca da manutenção de situações jurídicas criadas por leis julgadas inconstitucionais:

Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante [...] de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.<sup>29</sup>

Gilmar Ferreira Mendes foi outro crítico assíduo da atribuição inflexível de efeitos *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade. Ao tratar das técnicas de superação de precedentes que se desenvolveram nos Estados Unidos, bem como do *leading case Linkletter v. Walker*, e de outros mecanismos alternativos à técnica da nulidade, já destacava o Ministro:

Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu ate mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*[...] A análise de direito comparado demonstra uma forte tendência no sentido da universalização de alternativas normativas ou jurisprudenciais em relação à técnica da nulidade. Pode-se dizer que, independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos mais diversos sistemas constitucionais.<sup>30</sup>

E ainda, ao discorrer sobre o dogma da nulidade e a necessidade de implementação de técnicas alternativas de atribuição de efeitos, afirmava que:

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, [...] significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. [...] A aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede, porém, a nosso ver, que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. [...] Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão

<sup>29</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 79.343/BA, Segunda Turma, Relator Ministro Leitão de Abreu, Julgamento em 31/05/1977, Publicação no DJ em 02/09/1977.

<sup>30</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 499 e 524.

de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem, necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.<sup>31</sup>

Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de utilizar técnicas alternativas de decisão, de modo a reconhecer a inconstitucionalidade de normas, sem anulá-las retroativamente. A partir da Constituição Federal de 1988, casos de omissão inconstitucional, ou questões tratando sobre princípio da isonomia passaram a ser solucionados de modo excepcional, por meio de técnicas decisórias que flexibilizaram a tese da nulidade. A anulação *ex tunc* dos atos inconstitucionais mostrou-se insuficiente para solver problemas relacionados a diversos casos de leis inconstitucionais, especialmente aqueles que tratavam de prestações positivas por parte do Estado. Leis inconstitucionais por omissão parcial e casos de concessão de benefício incompatível com o princípio da isonomia não poderiam sofrer mera anulação, sob pena de agravamento das situações a que se referiam.

A modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade se desenvolveu, no Brasil, nesse mesmo contexto de insatisfação com os limites impostos pelo “dogma da nulidade”. Ao lado das técnicas alternativas de decisão, utilizadas pelo Pretório Excelso para evitar declaração de nulidade, a modulação dos efeitos de atos normativos inconstitucionais também parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e dos ensinamentos da doutrina, para ser posteriormente positivada na lei 9.868/99, tendo seu uso estendido até mesmo para o âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

---

<sup>31</sup> *Ibid*, p.526 e 545.

## CAPÍTULO 2: O ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99

### 2.1 Evolução jurisprudencial e posituação da técnica de modulação de efeitos

Como já visto, a relativização do dogma da nulidade no exterior, e a insatisfação interna com a anulação irrestrita dos efeitos da lei inconstitucional, levaram a novos questionamentos jurisprudenciais sobre o tema. Em diversos precedentes, datados especialmente da década de 90, os ministros do Supremo Tribunal Federal levantaram questões sobre a restrição dos efeitos anulatórios de suas decisões de inconstitucionalidade. O avanço jurisprudencial não representou propriamente uma superação da tese da nulidade, mas apenas juízos de ponderação colocados em casos bem específicos, e que na maioria das vezes não resultavam no afastamento da anulação *ex tunc*.

A questão sobre a modulação de efeitos foi posta à Corte, por exemplo, no julgamento da ADI 513/DF, em que se discutia a constitucionalidade de dispositivo da Lei 8.134/90, que instituía coeficiente de aumento do imposto de renda, não podendo ser aplicado a fatos anteriores a sua vigência. Por mais que o relator da causa, Ministro Célio Borja, não se tenha convencido da necessidade de afastamento, *in casu*, da anulação *ex tunc*, considerou em seu voto certos fatores que poderiam justificar a supressão da regra de nulidade da norma inconstitucional:

Não existe ameaça iminente à solvência do tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, *in casu*, do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora (*Bedrohliche Rechtslucke*).<sup>32</sup>

Em outros casos semelhantes, houve debates na Corte a respeito de eventual possibilidade de mitigação da tese da nulidade, os quais, em regra, terminavam por insistir na atribuição de efeitos *ex tunc*. A ADI 1.116/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, constitui mais um exemplo de ação na qual se manifestou possibilidade teórica de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, sem no entanto, proceder-se à aplicação do

---

<sup>32</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 513/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Célio Borja, Julgamento em 14/06/1991, Publicação no DJ em 30/10/1992.

raciocínio. Como se manifesta o relator, demonstrando sensibilidade aos novos entendimentos que se erguiam no direito comparado:

Mesmo nos Estados Unidos, a Suprema Corte ao julgar o caso LINKLETTER v. WALKER, no ano de 1965, que se transformou em *leading case*, proclamou o entendimento de que a retroatividade ou prospectividade dos efeitos da declaração judicial relativa à inconstitucionalidade de lei não expressa um comando constitucional, o que significa dizer que os efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* não têm origem na Constituição americana, senão uma questão do *judicial policy*, sujeita, por conseguinte, a livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto.

[...] Contudo, parece-me de inteira procedência, a irrisignação ministerial quanto aos efeitos retroativos que a Corte tem emprestado à declaração de inconstitucionalidade, principalmente, quando, como na espécie, os resultados consequenciais da decisão impõem drásticas restrições ao orçamento da seguridade social [...].

Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluísse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o *dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento cautelar.<sup>33</sup>

Em outros casos, o Supremo Tribunal chegou a ultrapassar a mera discussão hipotética sobre o tema, para aplicar a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Foi o que ocorreu no RE 122.202/MG, de relatoria do Ministro Francisco Rezek<sup>34</sup>. Em sede de controle difuso de constitucionalidade, a Segunda Turma julgou inconstitucional lei que concedia vantagem pecuniária a magistrados. O recebimento da vantagem foi interrompido, mas não se exigiu a devolução das verbas recebidas indevidamente, com fundamento em lei considerada inconstitucional.

Barroso destaca que em diversos outros precedentes a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atenuou a posição radical da teoria da nulidade<sup>35</sup>. Relata, por exemplo, o caso da penhora realizada por oficial de justiça cuja lei de investidura foi considerada inconstitucional, sem desfazimento do ato praticado<sup>36</sup>. Cita, ainda, o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não desfaz, automaticamente, as decisões proferidas em casos individuais e já transitados em julgado<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1116/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, Julgamento em 05/10/1995, Publicação no DJ em 17/11/1995.

<sup>34</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 122.202/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Rezek, Julgamento em 10/08/1993, Publicação no DJ em 08/04/1994.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237.

<sup>36</sup> Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE 78.594/SP, Relator Ministro Bilac Pinto, Julgamento em 07/06/1974, Publicação no DJ em 04/11/1974.

<sup>37</sup> Superior Tribunal de Justiça, Resp 130.886/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Julgamento em 18/08/1998, Publicação no DJ em 13/10/1998.

Todas essas são demonstrações de que, à míngua de disposição constitucional expressa sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado, já vinha atenuando a teoria da nulidade para casos em que o desfazimento *ex tunc* dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional acarretaria consequências graves a algum bem “política ou socialmente relevante”.

A técnica de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, como ficou conhecida a mitigação quanto ao desfazimento *ex tunc* dos efeitos de normas inconstitucionais, foi positivada apenas no ano de 1999, no artigo 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882, relativas, respectivamente, às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, e à arguição de descumprimento de preceito fundamental <sup>38</sup>. Ambos os dispositivos, de modo semelhante ao que consta na Constituição Portuguesa (artigo 282, n. 4) e na Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã (§ 31), permitem ao Supremo Tribunal, mediante maioria qualificada, moderar os efeitos temporais de suas decisões de inconstitucionalidade. Dispõe o artigo 27 da Lei 9.868/99 <sup>39</sup>:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A Exposição de Motivos nº 189/97, relativa ao Projeto de Lei nº. 2.960/97 (precursor da Lei 9.868/99), deixa evidente a influência do direito comparado sobre a confecção do artigo 27. De fato, não apenas nos Estados Unidos, mas também em diversos países europeus, a evolução teórica a respeito da decisão de constitucionalidade já havia concedido maior flexibilidade às Cortes Constitucionais para decidir sobre anulação das normas incompatíveis com a Constituição <sup>40</sup>. No Brasil, de modo diverso, a mitigação à tese da nulidade ainda era feita de modo esparso e à míngua de disposição legal, tanto em sede de controle difuso quanto em controle concentrado de constitucionalidade.

O texto da Exposição de Motivos, confeccionado por Comissão liderada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, também revela uma preocupação recorrente do Supremo Tribunal

<sup>38</sup> Na Assembleia Constituinte de 1986/88 já havia sido proposta, por parte do então Senador Maurício Corrêa, a introdução de dispositivo na Constituição que autorizaria o Supremo a decidir se a lei julgada inconstitucional perderia sua eficácia *ex tunc*, ou apenas a partir da publicação do julgamento. O Projeto, que estabelecia em seu artigo 127, § 2º: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão interlocutória”, acabou por ser rejeitado.

<sup>39</sup> De modo semelhante, dispõe o artigo 11 da Lei 9.882/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

<sup>40</sup> O fenômeno da modulação de efeitos em diversos outros países será tratado de forma mais minuciosa adiante, no capítulo 3.2.

com duas questões postas à Corte especialmente após a Constituição de 1988. A decisão nos casos de lesão positiva ao princípio da isonomia e de omissão inconstitucional não poderiam ser resolvidas pela aplicação irrestrita da tese da nulidade. A anulação dos efeitos de normas inconstitucionais, nesses casos, apenas agravaria o estado de desconformidade com a Constituição. Os autores do projeto chegam inclusive a alertar, no texto da Exposição, que algumas normas claramente inconstitucionais não vinham sendo anuladas por causa do efeito *ex tunc* que se atribuía à decisão de inconstitucionalidade <sup>41</sup>. Nesse sentido, argumentou-se que:

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional. <sup>42</sup>

Nada obstante a urgência em flexibilizar o dogma da nulidade, herdado de maneira irrefletida da doutrina estadunidense, muitos doutrinadores brasileiros e profissionais do direito se mostraram irresignados com as disposições constantes nos artigos 27 e 11 das Leis 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente. As alegações de inconstitucionalidade dos dispositivos ensejaram proposituras de ações objetivas no Supremo Tribunal, além de inúmeros discursos sobre a possibilidade suspensão da Constituição por parte do Pretório Excelso.

## 2.2 Discussão sobre a constitucionalidade da técnica de modulação de efeitos

Já no ano 2000, duas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, referentes à Lei 9.868/99. As ações, autuadas sob os números 2.258 <sup>43</sup> e 2.154 <sup>44</sup>, respectivamente, impugnaram, dentre outros dispositivos, o artigo 27 da

<sup>41</sup> “No momento atual, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.” BRASIL. Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, do Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 29 abr. 1997. p. 10.828.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 10.830.

<sup>43</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 2.258, Relator Ministro Dias Toffoli, Requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Remessa ao Gabinete da Senhora Ministra Carmen Lúcia em 18/04/2012.

Lei 9.868/99, que positivou a técnica da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade no País. Os autos seguem apensados e conclusos ao gabinete da Ministra Carmen Lúcia, após pedido de vista posterior ao voto do relator originário, o então Ministro Sepúlveda Pertence, que opinou pela inconstitucionalidade do artigo 27 daquela Lei.

A inicial da ação proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL afirma, de maneira rasa, que uma lei tida por inconstitucional não pode “nem por um minuto” manter-se vigente no ordenamento. Afirma que a norma inconstitucional é inexistente, e que a jurisprudência do Pretório Excelso já se firmou no sentido da atribuição de efeitos *ex tunc* às “declarações” de inconstitucionalidade. Ressalta, ainda, que as regras básicas de direito civil referentes às nulidades ensinam que o ato nulo é “ato nenhum”, sendo inexistente e ineficaz desde o seu nascedouro<sup>45</sup>. Aduz, por fim, que deixar ao “arbítrio” dos Ministros da Suprema Corte a concessão de eficácia a normas declaradas inconstitucionais representa violação direta ao princípio da legalidade e indireta ao princípio da igualdade formal.

Na inicial de sua ação direta de inconstitucionalidade, o Conselho Federal da OAB argumenta que o artigo 27 da Lei 9.868/99 lesa não apenas o Estado Democrático de Direito, mas também o princípio da legalidade. Afirma que, por imposição constitucional, as normas inconstitucionais são absolutamente nulas e incapazes de gerar efeitos válidos. Diz que a emenda modificativa proposta pelo senador Maurício Corrêa à Constituição de 1988<sup>46</sup> foi rejeitada, sendo que deve prevalecer a “orientação antiga e consagrada” de que a norma inconstitucional não pode produzir efeitos<sup>47</sup>. Alega, ainda, que se fosse possível admitir os efeitos resultantes de lei inconstitucional, a sua manutenção deveria partir de juízos em concreto acerca dos fatos ocorridos durante a norma inválida.

Ambas as petições iniciais demonstram a força e solidez que o dogma da nulidade da norma inconstitucional adquiriu no direito brasileiro, bem como a ideia de que a decisão de inconstitucionalidade possui natureza invariavelmente declaratória. A argumentação dos

---

<sup>44</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 2.154, Relator Ministro Dias Toffoli, Requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Remessa ao Gabinete da Senhora Ministra Carmen Lúcia em 18/04/2012.

<sup>45</sup> “De início é necessário observar que o preceito legal contraria entendimento reiterado desta Excelsa Corte, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade, no exame do mérito da ação direta, produz efeitos ‘*ex tunc*’, vale dizer, a declaração remonta ao momento ‘*ab ovo*’ da norma desconstituída pela única, simples e boa razão de que norma inconstitucional é norma inexistente. É despidendo lembrar as regras básicas de direito civil referentes às nulidades, bastando lembrar a expressão das ordenações de que ato nulo é ato ‘nenhum’. A lei ou ato colidente com a Lei Maior são írritos, inexistentes, ineficazes desde seu nascedouro.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.154. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL).

<sup>46</sup> Ver nota 35 ao capítulo 2.1.

<sup>47</sup> “Não tendo sido incluída na Constituição a emenda do Senador Maurício Corrêa, sendo, para o direito pátrio, nula a norma inconstitucional, tendo em vista os preceitos da Lei Fundamental que garantem o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF) e o princípio da legalidade (art. 5º, II), os quais não admitem que aquilo que não é lei possa reger condutas, o artigo 27 da Lei Federal 9.868 merece ter sua inconstitucionalidade também declarada, a fim de que seja preservada a supremacia da Constituição Federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.258. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil).

requerentes, em síntese, não possui outro substrato teórico senão a ideia de que uma norma "declarada" inconstitucional deve ser nula, assim como devem ser anulados todos os seus efeitos. A importação da categoria do "nulo", do direito civil, é inclusive vista com bons olhos, como se a teoria das nulidades, formulada em âmbito privatista, devesse ser irrestritamente aplicada ao se tratar do controle de constitucionalidade<sup>48</sup>. Os casos atuais em que a declaração de nulidade irrestrita implica agravamento das situações de fato não chegam a ser mencionados, muito menos a evolução do controle de constitucionalidade em inúmeros países, que já admitiram a impossibilidade de se manter uma postura inflexível no tocante à atribuição de efeitos à decisão de inconstitucionalidade.

De modo geral – e em semelhança ao que foi alegado nas iniciais das duas ações diretas -, os argumentos colocados pelos que defendem a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 seguem, principalmente, dois sentidos. Primeiro, alega-se que o não desfazimento dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional representa quebra com o dogma da nulidade, tal como reconhecido em jurisprudência vasta do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os efeitos de tais atos normativos devem ser desconstituídos *ab initio*<sup>49</sup>. Além disso, sustenta-se que o reconhecimento de eficácia à norma declarada inconstitucional ocasiona rompimento com a supremacia da Constituição, que seria suspensa sempre que a Corte Suprema modulasse os efeitos de suas decisões.

Deve-se ressaltar inicialmente que, diferente do que se possa imaginar, a técnica da modulação de efeitos não representa um rompimento teórico do direito pátrio com o dogma da nulidade. Muito pelo contrário: determinar os casos excepcionais em que os efeitos produzidos pela norma inconstitucional não sejam anulados retroativamente é atribuir categorias de exceção e regra. Ou seja, o artigo 27 da Lei 9.868/99 confirma a regra da nulidade ao estabelecer as condições especiais (segurança jurídica ou relevante interesse social) mediante as quais se poderá decidir pela inconstitucionalidade de uma norma sem atribuir à anulação efeitos *ex tunc*. Constitui, portanto, mitigação da tese da nulidade, arraigada ao controle de constitucionalidade brasileiro, sem implicar seu afastamento. Como já ressaltou o Ministro Gilmar Mendes:

<sup>48</sup> Adverte Regina Maria Ferrari, sobre as diferenças entre nulidade no direito civil e no direito público: "[...] embora havendo comunhão de origens, a construção civilista não deve ser transplantada para o campo do direito público sem limitações, já que nem sempre a nulidade do direito civil pode ter o mesmo efeito quanto à sua equivalente no direito público, pois as maiores divergências entre ambas são aquelas referentes aos efeitos das mesmas. [...] a sanção de nulidade no direito privado tem finalidade distinta, já que neste campo visa apenas a restaurar o equilíbrio individual. Já no ramo não privado, a finalidade é a proteção do interesse público, o que nos leva a considerar o tema com maior ou menor flexibilidade, conforme exija o interesse a proteger." (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152).

<sup>49</sup> Neste ponto, podem-se incluir as alegações tanto da CNPL quanto do Conselho Federal da OAB no sentido de que a modulação de efeitos rompe com o princípio da legalidade: a percepção que se tem é de que uma norma nula – noção que vem do dogma da nulidade – não pode gerar direitos nem obrigações.



O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista a análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de excepcional interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.<sup>50</sup>

Nada obstante, como já se expôs, o dogma da nulidade adentrou o direito brasileiro ainda no início do sistema de controle de constitucionalidade sem nunca adquirir profunda fundamentação teórica, partindo da doutrina norte-americana. De fato, a Constituição Federal de 1988 não possui qualquer dispositivo que trate dos efeitos que devem ser atribuídos à decisão de inconstitucionalidade, cabendo ao intérprete de seu texto indagar se o desfazimento *ex tunc* é, de fato, o que mais respeita a ideia de *bloc de constitutionalité*, desenvolvida pela doutrina francesa<sup>51</sup>. Até mesmo nos Estados Unidos, em que se desenvolveu a tese da nulidade, precedentes como *Linkletter v. Walker*<sup>52</sup> levaram à constatação de que o texto constitucional era omissivo sobre o tema e que caberia à Corte, no caso concreto, analisar os méritos e deméritos do desfazimento retroativo de efeitos. Sobre o assunto, destaca Ana Paula Ávila:

O constituinte brasileiro optou por omitir-se sobre o tema na Constituição, de modo que não se constata, aprioristicamente, qualquer norma constitucional violada. A decisão *Linkletter vs. Walker* também foi sensível a essa circunstância, uma vez que a Constituição norte-americana, igualmente, é omissa sobre a necessidade de retroação dos efeitos. Essa omissão confere suficiente legitimidade ao poder de conformação do legislador, que houve por bem regular a questão nos termos do art. 27.<sup>53</sup>

Assim, é de se concluir que o artigo 27 da Lei 9.868/99 não representa uma desvinculação do direito pátrio em relação ao dogma da nulidade, que segue como entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência brasileiras. Representa, antes, apenas uma mitigação da tese, e que não é inconstitucional, já que pondera essa “regra” importada do

<sup>50</sup> Supremo Tribunal Federal, AI 582.280 AgR/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em 12/09/2006, Publicação no DJ em 06/11/2006.

<sup>51</sup> O conceito de “bloco de constitucionalidade” foi desenvolvido pela doutrina francesa em meados da década de 70, a partir da decisão *Liberté d’association* (1971), na qual se reconheceu que o controle de constitucionalidade deveria ter por parâmetro não apenas a Carta Magna em sua parte escrita, mas também todo o conjunto de tratados, princípios e regras que possuíssem valor constitucional. O jurista francês Louis Favoureaux desenvolveu o conceito de bloco de constitucionalidade enquanto conjunto de princípios e regras de valor constitucional cujo respeito se impõe ao Poder Legislativo e ao Executivo, bem como aos particulares.

<sup>52</sup> “Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de ‘depreciar’ a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes, que dizia que ‘na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência’.” (*United States Reports*, 381:629 *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 498).

<sup>53</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 64/65.

direito norte-americano – que não possui sequer previsão implícita na Constituição Federal – com outros valores de estatura constitucional, como a segurança jurídica.

A segunda alegação, de que a atribuição de efeitos válidos a normas “declaradas” inconstitucionais representaria suspensão do texto constitucional, também falha por não compreender a verdadeira ponderação que se faz ao modular os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade.

Já se afirmou que a Constituição moderna é tida como fonte de validade da ordem estatal inteira, e essência da comunidade de indivíduos constituída por essa ordem <sup>54</sup>. A supremacia constitucional, portanto, não pode ser colocada em termos de um princípio passível de ponderação, no sentido de “princípio” trabalhado por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy <sup>55</sup>. Se os princípios estabelecem mandados de otimização, podendo ser aplicados em níveis, não há que se falar em “princípio da supremacia constitucional”. Aceitar a noção de que uma lei comum viole a superioridade hierárquica da Constituição é romper com seu próprio conceito:

Inicialmente, é preciso assimilar a ideia de que a *supremacia da Constituição não é um princípio jurídico*. Pelo menos, não no sentido que, ordinariamente, a doutrina atribui a *princípio*. [...] Não se deve admitir que a Supremacia da Constituição seja aplicada em graus ou que deva ceder em face da ponderação com outro princípio, pois, se a ordem constitucional pressupõe a superioridade hierárquica da Constituição, não se pode conceber uma inversão nesse pressuposto sem que se opere uma ruptura institucional com o fundamento do Estado. [...] Aqui se sustenta que a supremacia da Constituição pertence ao campo das *metanormas*. Mais especificamente, é um postulado normativo que estrutura a aplicação de outras normas através da fixação de uma hierarquia e prescreve uma determinada forma de racionalidade, a de que a norma inferior não deve contrariar a norma superior. <sup>56</sup>

Nesse ponto, portanto, pode-se compreender melhor a falha do argumento já exposto em favor da inconstitucionalidade da técnica de modulação. De fato, se a supremacia da Constituição fosse ameaçada, mesmo que temporariamente, o dispositivo seria absolutamente inconstitucional e colocaria em risco a própria forma pela qual se organiza o Estado brasileiro. Não é isso o que se verifica, no entanto.

<sup>54</sup> Ver tópico 1.1.

<sup>55</sup> “Segundo a definição padrão da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus diferentes. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. [...] O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderação são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderação no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre ponderação.” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Robert Alexy: org./ Trad. Luís Afonso Heck. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 64).

<sup>56</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 65/66.

A ponderação que realmente se dá na modulação de efeitos do artigo 27 ocorre entre dois dispositivos que devem possuir estatura constitucional: (1) a norma violada pela lei infraconstitucional e (2) outra norma que protege as situações formadas durante a vigência da lei inconstitucional. Se do confronto, como propugnado por Alexy, resultar que esta deve prevalecer sobre aquela, modulam-se os efeitos da norma inconstitucional. Por isso, em momento algum se pondera a supremacia da Constituição, que é pressuposto da própria lógica inerente à técnica de modulação de efeitos.

Afastados os principais argumentos pela inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, pode-se adentrar outra discussão assídua acerca do dispositivo, relativa aos termos “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, enquanto parâmetros de aplicação da técnica.

### **2.3 Termos jurídicos indeterminados no texto do artigo 27 da Lei 9.868/99**

Como se disse, a ponderação que ocorre quando da aplicação da técnica de modulação de efeitos não é aquela entre a supremacia constitucional e outro princípio qualquer. Modular os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade representa, sob o próprio fundamento da supremacia constitucional, ponderar duas normas que encontram amparo na Constituição, decidindo pela prevalência daquela que se ajusta aos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99.

Nada obstante, o que o texto do artigo 27 apresenta ao intérprete do direito como base para que se proceda a esse processo não são termos de fácil conceituação, referentes a situações concretas bem definidas. “Segurança jurídica” e “excepcional interesse social” são, antes disso, expressões de conteúdo amplo, que podem abranger um vasto número de situações tuteladas durante a vigência da norma posteriormente julgada inconstitucional. Se, por um lado, a elasticidade conceitual confere maior possibilidade de aplicação efetiva da técnica de modulação ao Supremo – por não enrijecer sobremaneira a análise a ser feita na Corte, autorizando que sejam consideradas as particularidades de cada caso –, por outro, e especialmente em se tratando de controle de constitucionalidade, coloca-se o risco de que a técnica seja usada de forma política, por meio de critérios pragmáticos, externos à Constituição.

Para que se assegure um uso adequado desses termos amplos, o parâmetro de aferição deve ser sempre o texto constitucional. Se, como foi dito, o controle de constitucionalidade,

bem como a modulação de efeitos, retiram sua validade da supremacia da Constituição, não é possível que se admita ponderação de valores constitucionais com outros que escapam ao bloco de constitucionalidade. Como afirma Gilmar Mendes, “a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”<sup>57</sup>. Assim, segurança jurídica e excepcional interesse social só podem servir para modular efeitos de normas inconstitucionais se refletirem valores consagrados pela Carta Magna, de forma a estabelecer uma ponderação interna aos seus preceitos, e jamais entre eles e outros que lhes sejam estranhos.

### a) Segurança jurídica

A noção de segurança jurídica se apresenta de forma mais consolidada que a de excepcional interesse social, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Trata-se de uma proteção à previsibilidade das consequências advindas dos atos jurídicos praticados pelos indivíduos, à luz da liberdade reconhecida a cada um. Tanto é reconhecida como um viés subjetivo da proteção constante no *caput* do artigo 5º da Constituição (que se refere a “segurança”, de forma ampla), quanto como um dos pilares do próprio Estado de Direito<sup>58</sup>, que é fundamento do sistema constitucional brasileiro. Jorge Amaury Nunes ressalta que não se trata de termo facilmente conceituado:

É certo, por outro lado, que o conceito de segurança jurídica não é unívoco, primeiro porque se insere em diferentes acepções de direito; depois porque os espaços que preenche são diversos, conforme o enfoque doutrinário que se lhe empreste. [...] Ao se afirmar que o direito pode ser certo, abre-se uma miríade de possibilidades para o exame da matéria. Ser certo pode implicar: (1) leis (1.1) claras; (1.2) leis inteligíveis; (1.3) leis estáveis; (1.4) leis acessíveis; (2) respeito (2.1) ao direito adquirido; (2.2) ao ato jurídico perfeito; (2.3) à coisa julgada; (3) direito ao juiz.<sup>59</sup>

Tratado por autores como Gilmar Mendes enquanto “conceito jurídico indeterminado”, e por outros, a exemplo de Jorge Amaury Nunes, como “categoria”,

<sup>57</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, P. 565.

<sup>58</sup> Sobre o princípio, afirma Couto e Silva: “Ele foi deduzido pela jurisprudência, com apoio da doutrina, do princípio geral do Estado de Direito, delineando várias prescrições da Lei Fundamental de Bonn, entre os quais o seu célebre artigo 20. [...] o ponto de partida, porém, para a correta interpretação e aplicação desse preceito está em que a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade” (COUTO E SILVA, Almiro Régis do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Revista do Direito Público*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul. /set. 2004, p. 17/18).

<sup>59</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84/85.

“princípio”, ou “valor”, o certo é que os estudos desenvolvidos acerca da ideia de segurança jurídica tendem a relacioná-la ao imperativo de estabilização das sociedades e à noção de “justiça”.

Anne-Laure Valembois propõe o exame da segurança jurídica sob duas vertentes. A primeira, estática, confunde segurança jurídica e certeza do Direito, remetendo à ideia de conhecimento do Direito vigente e previsibilidade das consequências jurídicas advindas dos atos praticados pelos indivíduos. A segunda, dinâmica, “implica a estabilidade e a previsibilidade do próprio Direito, aqui incluído o princípio da proteção da confiança legítima e seu símile, a teoria dos atos próprios”<sup>60</sup>.

A noção de segurança jurídica adquiriu maior relevo no plano infraconstitucional brasileiro em 1999, com o advento das Leis 9.784/99, 9.868/99 e 9.882/99 (respectivamente, a lei que regula o processo administrativo federal, a que regula a ação direta de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, e a que regula a arguição por descumprimento de preceito fundamental). Tem-se interpretado segurança jurídica, nesse sentido, como um valor de proteção à confiança depositada pelos agentes nas relações jurídicas firmadas. Ou seja, busca-se constituir uma certeza quanto ao direito que será aplicado na tutela das mais diversas situações, sem que as regras do jogo sejam alteradas inesperadamente, com reflexos nos resultados das condutas dos indivíduos.

Ana Paula Ávila afirma que, por meio desse preceito, busca-se assegurar a certeza da situação jurídica dos cidadãos especialmente de duas formas: a) *ex ante*, quanto aos mecanismos que tornam possível o conhecimento e interpretação do direito (nesse primeiro caso se inserem a legalidade e a certeza do direito, veiculada por mecanismos como a publicidade e a clareza das leis); b) *ex post*, relativa aos mecanismos que garantem estabilidade daqueles formulados *ex ante*, “com o reconhecimento de uma pauta de comportamento do cidadão diante do caso concreto”<sup>61</sup>. Em termos de atividade normativa, segundo a autora, a certeza do direito – segurança jurídica *ex ante* – veicula-se por critérios como: a) a criação de meios que deixem evidentes os comandos legais a serem respeitados; b) a exigência de publicação das normas como pressuposto de sua vigência; c) a existência de critérios que sejam capazes de prevenir contradições entre os comandos normativos; e – como tópico mais importante a ser considerado para fins de controle de constitucionalidade – d) a presunção de constitucionalidade das normas e, especialmente, de sua irretroatividade.

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>61</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 148.

Ocorrendo imposição de um dever-ser por parte do Estado, por meio de uma norma, desenvolvem os agentes particulares atividades que pressupõem sua validade. É dever de cada indivíduo respeitar a norma promulgada, e estabelecer relações jurídicas que a tenham como substrato, pressupondo assim que constitua atividade normativa válida, em respeito à Constituição. No âmbito do controle de constitucionalidade, portanto, o que o artigo 27 coloca como “peso” a ser ponderado com outros princípios constitucionais é a própria “proteção da confiança”, aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, e que os indivíduos depositam na atividade normativa estatal (tanto por meio de uma presunção de legitimidade dos atos administrativos quanto pela presunção de constitucionalidade dos atos legislativos), com base na qual firmam e desenvolvem suas relações.

Por mais que essas presunções não sejam plenas, podendo ser afastadas justamente por meio do controle de constitucionalidade, a modulação de efeitos agrega ao ordenamento brasileiro a possibilidade de que se levem em consideração os benefícios gerados pelas normas inconstitucionais aos particulares, tendo em conta que foram tidas como válidas por todos até o momento em que se decidiu por sua inconstitucionalidade. Se a decisão de inconstitucionalidade gera, em regra, o desfazimento de todos os efeitos gerados pela lei, tutelar a segurança jurídica significa ponderar se os benefícios que a norma propiciou ao particular, além da expectativa de validade que nele despertou, devem ou não prevalecer sobre o dispositivo constitucional que ensejou a decisão de inconstitucionalidade. Caso a resposta seja afirmativa, modulam-se os efeitos da lei inconstitucional <sup>62</sup>.

No julgamento da ADI 4140/GO, a relatora, Ministra Ellen Gracie, propôs a modulação dos efeitos de decisão de inconstitucionalidade referente a resolução do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, que implicava modificação na organização judiciária do Estado à míngua da edição de legislação estadual pertinente. Neste caso, por exemplo, a técnica de modulação foi aplicada a fim de resguardar os inúmeros serviços extrajudiciais praticados pelas serventias reorganizadas pela Resolução nº 02/2008 daquele Conselho, julgada inconstitucional:

Como visto, a despeito da manutenção do número absoluto de serventias existentes nas comarcas envolvidas, a reformulação operada pela Resolução 2/2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, importou não só em novas e excessivas acumulações, como também na multiplicação de determinados serviços extrajudiciais e no inequívoco surgimento de serventias até então inexistentes.

---

<sup>62</sup> Quanto à possibilidade de se fundamentar a modulação em favor do Estado, com base na segurança jurídica, a resposta só pode ser negativa. Para além de pilar do Estado de Direito, a segurança jurídica também vem sendo reconhecida como direito subjetivo oponível ao próprio ente estatal, que tutela, assim, esferas individuais de previsibilidade. É um direito fundamental do cidadão, que não aproveita ao ente estatal, especialmente nos casos em que o benefício do Estado se deu em detrimento de um direito subjetivo do indivíduo.

Fica patente, assim a ocorrência de uma substancial modificação da organização judiciária daquela unidade federada sem a respectiva edição da legislação estadual pertinente, em frontal ofensa ao art. 96, II, *d*, da Constituição Federal. [...] Para a preservação da validade jurídica de todos os atos notariais e de registro praticados pelas serventias extrajudiciais que tiveram suas atribuições eventualmente modificadas durante a vigência do ato normativo ora tratado, proponho, nos termos dos arts. (*sic*) 27 da Lei 9.868/99, a aplicação *ex nunc* dos efeitos da presente decisão, que estaria então dotada de eficácia plena a partir do decurso de 30 (trinta) dias contados da publicação desta proclamação decisória no Diário da Justiça Eletrônico.<sup>63</sup>

Nada obstante o uso correto da técnica, no sentido de preservar as inúmeras situações de expectativa de validade baseadas nos atos das serventias reorganizadas, observa-se que a fundamentação para modular os efeitos do *decisum* é pequena, tida quase como uma decorrência lógica da inconstitucionalidade da Resolução. Como se disse, em se tratando de termos amplos – mesmo no caso de segurança jurídica –, espera-se do Supremo Tribunal Federal uma fundamentação mais aprofundada, em que seja de fato exposta a ponderação entre o dispositivo constitucional violado pela norma inconstitucional – nesse caso, o artigo 96, II, *d*, da Constituição –, e o valor resguardado pelo artigo 27 da Lei 9.868/99 – a segurança jurídica, que sequer foi mencionada de forma expressa no voto da Relatora.

#### **b) Excepcional interesse social**

Em se tratando de excepcional interesse social, a construção feita pela doutrina e jurisprudência é mais esparsa, o que abre espaço para possível introdução de motivos pragmáticos e consequencialistas, desprovidos de qualquer fundamentação constitucional no processo de modulação de efeitos. De fato, e levando em conta que o texto constitucional deve servir de parâmetro para que se localizem os possíveis “sentidos” das expressões contidas no artigo 27, o termo “interesse social” somente aparece uma vez na Constituição, no *caput* do artigo 184, que trata da hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária.

A noção que se tem de “interesse social” parte, atualmente, de duas fontes principais externas aos estudos do controle de constitucionalidade: da doutrina de direito administrativo, que lida com o conceito ao tratar sobre desapropriação para fins de reforma agrária; e da

---

<sup>63</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 4140/GO, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, Julgamento em 29/06/2011, Publicação no DJ em 20/09/2011.

doutrina portuguesa, que encara expressão semelhante no artigo 282, nº 04, da Constituição Portuguesa de 1976, referente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade <sup>64</sup>.

Segundo Cretella Júnior, doutrinador de direito administrativo, a expressão “interesse social” não se define, exemplifica-se <sup>65</sup>, o que já revela sua problemática conceituação. Atingiu-se uma espécie de consenso, no entanto, quanto ao fato de que o interesse social não apenas pode, como deve, em muitos casos, opor-se aos interesses do ente estatal, como forma de garantia dos direitos de um determinado grupo de indivíduos. Mesmo na desapropriação por interesse social, como ressalta Lucas Furtado, o bem é expropriado do proprietário não para integrar o patrimônio do poder público, mas para ser transferido a outro particular <sup>66</sup>.

Interesse social, portanto, é tido como aquele que faz referência aos administrados enquanto sociedade, e não apenas ao interesse público como manifestado pela Administração. O valor da proteção à dignidade da pessoa humana encontra, nesse tópico, relevante importância, vez que um ato estatal vulnerado de inconstitucionalidade jamais poderá ter seus efeitos anulados se esse desfazimento criar situações de ofensa à dignidade daqueles beneficiados pela norma que era tida como válida.

Como ressalta Regina Ferrari:

É importante salientar, quando se enfoca o interesse social, interesse público dito primário, que este não pode ser confundido com qualquer interesse do Estado, interesse secundário que existe no grupo social, porque embora a pessoa estatal possa encarnar o interesse público, como interesse do todo, pode, também, possuir interesses que não possuem a feição dos interesses públicos como aqui indicados. Portanto, não pode embasar a noção de excepcional interesse público, os interesses que beneficiem apenas à pessoa do Estado, principalmente quando estes vierem a descurar dos interesses da coletividade. <sup>67</sup>

Esta, portanto, a principal lição que se pode importar dos estudos administrativistas sobre “interesse social” para o âmbito do controle de constitucionalidade: trata-se de termo jurídico indeterminado, a ser preenchido pelo intérprete da norma, mas que tem por cerne a

<sup>64</sup> Artigo 282º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2.

<sup>65</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação*: Constituição de 1988 e leis ordinárias. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 522.

<sup>66</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 769.

<sup>67</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 313.



preocupação com os interesses da sociedade, no sentido de proteção à dignidade dos indivíduos, independentemente do que se apresenta como interesse do Estado.

A doutrina portuguesa também desenvolveu estudos acerca de expressão semelhante, constante no artigo 282, nº 04, da Constituição Portuguesa, qual seja: “interesse público de excepcional relevo”. De pronto, já adverte Jorge Miranda que o texto do artigo evidencia razões jurídicas e não-jurídicas que autorizam a modulação de efeitos no sistema de controle português:

Nas razões justificativas da ponderação dos efeitos, indicam-se razões estritamente jurídicas – a segurança e a equidade, a primeira de incidência mais objectiva, a segunda de incidência mais subjectiva – e uma razão não estritamente jurídica – interesse público de excepcional relevo; e, por isso, este interesse tem de ser fundamentado.<sup>68</sup>

De acordo com autores como Rui Medeiros, o constituinte português apenas lançou mão da expressão “interesse público de excepcional relevo” porque considerou insuficientes os motivos de segurança jurídica e razões de equidade como fundamento para modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade. No Brasil, em que também se depara com termo tão amplo e indeterminado quanto o de “excepcional interesse social”, a reflexão doutrinária parece persistir.

Medeiros ainda considera que o termo deve ser interpretado restritivamente, pois pode ser utilizado como meio para introduzir razões de ordem política no processo de modulação de efeitos das normas inconstitucionais<sup>69</sup>. Em conformidade com o que aqui já se afirmou, o autor diz que o parâmetro para estabelecer possíveis sentidos ao conceito jurídico indeterminado é o próprio texto constitucional, ou seja, “excepcional interesse social”, assim como “interesse público de excepcional relevo”, apenas pode se referir a valores protegidos constitucionalmente, por mais que seu significado não seja tão claro. A decisão que aplica a técnica de modulação de efeitos, nesse sentido, deve possuir fundamentação reforçada, para demonstrar que o termo vem fazer referência a valor constitucional, e não a qualquer outro motivo de ordem política, ou discricionária.

Em recente decisão de inconstitucionalidade, de relatoria originária do Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos de leis estaduais que dispunham sobre o serviço de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana do Estado do Rio de

<sup>68</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: 1983, t. 2, p. 391.

<sup>69</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 707.

Janeiro, com base em excepcional interesse social consistente na continuidade da prestação do serviço público. Destacou o relator designado para o acórdão, Ministro Gilmar Mendes:

Com efeito, é necessário ponderar que os serviços de saneamento básicos estão sendo atualmente prestados tanto na Região Metropolitana do Rio de Janeiro como na Microrregião dos Lagos com fundamento nos dispositivos questionados. Logo, a declaração de inconstitucionalidade sem efeitos modulados acarretaria a imediata interrupção da prestação dessa função pública, por absoluto vício nos instrumentos de concessão e na regulação que dispõe sobre as formas e tarifas da prestação da mencionada função pública.

A toda evidência, a continuidade da prestação da função de saneamento básico consiste em excepcional interesse social que não pode ser prejudicado, sob pena de ensejar grandes danos à população. Diante do excepcional interesse social na continuidade da prestação do serviço de saneamento básico, suscito a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/1998, de modo que o Estado do Rio de Janeiro tenha 24 meses, a contar da data de conclusão deste julgamento, para implementar novo modelo de planejamento e execução da função de interesse comum no âmbito das regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos que (i) acolha a participação dos municípios integrantes; e (ii) sem que haja concentração de poder decisório nas mãos de qualquer ente.<sup>70</sup>

No caso, o termo “excepcional interesse social” foi remetido à necessidade de continuidade dos serviços públicos, tida como princípio administrativo implícito no ordenamento brasileiro. Por mais que a Corte tenha andado bem em fundamentar a aplicação do termo para modular os efeitos de sua decisão, ainda se observa que falta maior referência aos parâmetros constitucionais autorizadores da modulação neste caso. Não se discorda, aqui, da modulação de efeitos a que se procedeu. O que se argumenta é que não pode bastar a simples afirmação de que “a continuidade de prestação da função de saneamento básico consiste em excepcional interesse social” para que os efeitos da norma sejam modulados. Em se tratando de conceito jurídico indeterminado, é necessário que o Supremo, neste como em outros casos, possua maior empenho em fundamentar no texto constitucional a opção por modular os efeitos de suas decisões, sob pena de, ao abrigo dos termos amplos colocados no artigo 27 da Lei 9.868/99, tomar decisões de cunho político, ao arrepio do próprio fundamento da técnica de modulação de efeitos.

---

<sup>70</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1842/RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento em 06/03/2013, Publicação no DJe em 16/09/2013.

### **CAPÍTULO 3: FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM CONTROLE DIFUSO**

Em âmbito de controle misto de constitucionalidade levado a efeito no direito pátrio, o debate sobre a modulação de efeitos na via concentrada não poderia deixar de levantar questionamentos também em sede de controle difuso. A aplicação corrente da técnica por parte do Supremo Tribunal Federal não justifica, por si só, a ocorrência do fenômeno, nem o elide de críticas. Aqueles que se opõem à limitação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, de forma ampla, certamente defenderão também a impossibilidade de modulação de efeitos no controle difuso (a exemplo de João Bosco de Castro <sup>71</sup>). A discussão voltada especialmente à limitação em controle incidental, no entanto, ainda requer maiores estudos.

Para a análise do fenômeno no Brasil, serão abordados neste trabalho precedentes do Supremo Tribunal Federal, conquanto o raciocínio desenvolvido possa ser aplicado a qualquer juiz ou Tribunal brasileiro, pois detêm, de forma independente, a capacidade de controlar a constitucionalidade das normas pela via incidental.

Primeiramente, cabe ressaltar a fundamentação sobre a qual se apoia o uso específico da técnica em controle incidental. Posteriormente, relevante observar o comportamento da jurisprudência pátria a respeito do tema, bem como a ocorrência do fenômeno no direito comparado. Por último, essencial a construção de críticas e diagnósticos acerca do objeto de estudo à luz do que já se expôs sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, bem como sobre a modulação de seus efeitos em sentido amplo.

#### **3.1 Fundamentação teórica**

##### **a) Da inexistência de disposição normativa sobre o tema**

O ponto inicial de que parte o debate acerca da possibilidade de modulação em controle difuso é a constatação da inexistência de previsão legal ou constitucional a

---

<sup>71</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

disciplinar o tema. Assim como foi ressaltado quando do estudo acerca da limitação em controle abstrato <sup>72</sup>, também quanto à via incidental a Constituição foi silente no tocante à atribuição de efeitos. As Leis 9.868/99 e 9.882/99 disciplinaram a possibilidade de restrição dos efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade apenas para seus objetos de normatização: ação direta de inconstitucionalidade / declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente.

Ausente disposição normativa quanto à possibilidade de modulação em controle difuso, a limitação de efeitos se sustenta na via incidental pelos mesmos motivos que o faz no controle abstrato. A Suprema Corte norte-americana ao constatar que, de modo semelhante à realidade brasileira, não existe naquele país disposição constitucional explícita relativa aos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, já decidiu que a atribuição desses efeitos depende de *judicial policy*, a ser analisada pela Corte <sup>73</sup>. No Brasil não prevalece o entendimento de que o vácuo legislativo permita a tomada de decisões pragmáticas ou consequencialistas nesse âmbito (por mais que muitas vezes elas sejam de fato prolatadas nesse sentido). Por outro lado, admite-se que a ausência de disposição normativa também não veda a modulação pela via incidental, desde que a Constituição seja sempre o parâmetro de efetivação da técnica, e a sua salvaguarda, o objetivo.

#### **b) Do caráter restritivo, e não inovador, dos artigos 11 e 27 das Leis 9.882/99 e 9.868/99**

O fato de que a possibilidade de modulação de efeitos se encontra positivada apenas nas Leis de ações objetivas também pode causar certo debate sobre sua “extensão” para a via incidental. A análise da questão é essencial para que se compreenda o verdadeiro fenômeno de restrição, formal e material, imposta ao Supremo por aquelas disposições normativas, que não representam, de modo algum, fórmula nova de atribuição de poderes.

A indagação sobre esse ponto, além de constituir foco de debate na doutrina, acaba por tornar as interpretações sobre os dois artigos indicadoras da própria concepção que se tem acerca da modulação de efeitos. Explica-se: os defensores da modulação de efeitos enquanto fenômeno intrínseco ao controle de constitucionalidade, imanente à própria ponderação de valores que se deve realizar para salvaguarda da Constituição, dirão que a possibilidade de

---

<sup>72</sup> Ver tópico 2.2.

<sup>73</sup> TRIBE, Laurence. *The American Constitutional law*. Mineola, New York: The Foundation Press, 1988 *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 495.

limitação dos efeitos é inerente ao controle judicial de constitucionalidade, aplicável indistintamente tanto à fiscalização concentrada quanto à difusa. Sob essa concepção, as disposições legais contidas nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 constituem verdadeiras limitações ao poder “natural” de modular, de ordem material (pois fica submetido a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social) e formal (frente à exigência do quórum de dois terços). No entanto, os que argumentam de modo contrário afirmam inexistir semelhante “imposição constitucional” de modulação, sendo que os artigos 27 e 11, respectivamente, daquelas Leis, na verdade conferem novos poderes ao Supremo Tribunal Federal, considerados, muitas vezes, inconstitucionais <sup>74</sup>.

Não prosperam os argumentos da segunda corrente, de que as disposições infraconstitucionais das Leis 9.868/99 e 9.882/99 têm o condão de conferir novos poderes ao Supremo Tribunal Federal, estranhos à própria lógica da Constituição. Esse raciocínio tem por base, como já referido neste trabalho, uma tese de cunho civilista da nulidade absoluta e irremediável dos atos inconstitucionais, importada sem maiores questionamentos do direito norte-americano desde as antigas lições de Ruy Barbosa. Quando se apegue irrestritamente a essa teoria absorvida pelo direito pátrio, é desconsiderada toda a complexidade atual do controle de constitucionalidade, além da especificidade do caso brasileiro e dos rumos que muitos outros países também têm dado ao tema.

Não se pretende enfocar, todavia, as inúmeras críticas que podem ser dirigidas à tradicional e inflexível tese da nulidade absoluta dos atos inconstitucionais. Busca-se, antes disso, admitir que o direito brasileiro ainda a toma por base (haja vista, por exemplo, as categorias de regra e exceção instituídas pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, além da jurisprudência majoritária do Supremo), sem que se deixe de ter em mente suas insuficiências.

Corroborando os argumentos da primeira corrente, destaca Beicker:

Além de não constituir novidade na jurisprudência do ponto de vista histórico, a previsão legal de modulação de efeitos também não implica aumento de poder do Tribunal. De maneira resumida, há quem acredite que a modulação de efeitos representaria inovação institucional importante, que acabaria por resultar na significativa ampliação do poder decisório da Corte. Ocorre que, a partir de uma perspectiva formal, a modulação de efeitos praticada anteriormente pelo STF não

<sup>74</sup> Nesse sentido, argumenta João Bosco de Castro: “Ao proceder à limitação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, a jurisdição constitucional afasta-se do garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e privada e se põe como guardião de suposta ordem concreta de valores preordenada às normas constitucionais. Reduz o direito constitucional a uma questão de valores, com grande risco de transformar a jurisdição constitucional em uma instância político-legislativa que se sobressairia ao legislador democrático. Essa prática do controle de constitucionalidade estaria a carecer de legitimidade. [...] Logo, seja pela via de interpretação ou pela via de edição de legislação ordinária, a adoção da técnica de limitação dos efeitos do ato mediante o qual declarada a inconstitucionalidade não encontra fundamento de validade na Constituição Federal e a Corte, assim atuando, pratica ato ‘ultra vires’, exercer ingerência indevida na esfera constitucional do Poder Legislativo [...] e afronta os princípios da constitucionalidade e o democrático [...]” (CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012, p. 277 e 279).

estava sujeita a uma restrição de quórum, de modo que a decisão que tinha seus efeitos limitados era tomada por uma maioria simples dos membros do Plenário. Nesse sentido, a previsão legal deve ser entendida como uma redução, na prática, do poder da Corte, que agora necessita da concordância de, no mínimo, dois terços de seu Pleno para modular os efeitos de suas decisões.<sup>75</sup>

Como se observa, e considerando o histórico de decisões referentes ao tema no Supremo (a ser analisado no tópico 3.2), as inovações legislativas das Leis 9.882/99 e 9.868/99, em vez de atribuição de novos poderes, dirigiram à Corte verdadeiras limitações, de ordem procedimental e material, que também devem ser aplicadas nos casos de modulação em controle difuso<sup>76</sup>. Por isso, em nenhum momento se pode alegar que há extensão indevida de regras aplicadas apenas ao controle abstrato para o âmbito difuso, já que elas não ensejam criação de novos poderes, mas sim de restrições (as quais podem e devem ser estendidas à via incidental).

### c) Da modulação de efeitos enquanto apanágio do controle de constitucionalidade

O argumento de maior relevo sobre o qual se funda a possibilidade de modulação em controle difuso de constitucionalidade é o de que a técnica constitui “apanágio do controle judicial de constitucionalidade”<sup>77</sup>. A linha de raciocínio foi desenvolvida prioritariamente em votos da lavra do Ministro Gilmar Mendes<sup>78</sup>, bem como em suas obras<sup>79</sup>.

Considera-se, a partir dessa concepção, que, assim como no controle abstrato de constitucionalidade, tutelado de forma expressa pelas já referidas disposições legais, também o controle difuso deve admitir a modulação dos efeitos das decisões, aspecto ínsito à fiscalização judicial de constitucionalidade das normas. Se o fundamento principal da necessidade de modulação é a ponderação entre o parâmetro constitucional que ensejou a

<sup>75</sup> BEICKER, Flávio. *Modulação de Efeitos e Nulidade de Ato Normativo Inconstitucional*. In: VOJVODIC, A.; PINTO, H. M.; GORZONI, P.; SOUZA, R. P. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 298.

<sup>76</sup> Em se admitindo a possibilidade de modulação no controle difuso, por parte do Supremo ou dos demais tribunais, é extremamente recomendável que a atribuição de efeitos modulados seja submetida aos mesmos critérios estabelecidos pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99. Apesar da inexistência de disposição expressa quanto ao controle incidental, as regras aplicadas à via abstrata são razoáveis e poderia parecer um tanto paradoxal que o Pleno da Corte fosse submetidos àquelas limitações materiais e formais, e as Turmas não. Assim, se os rumos do julgamento indicarem possível modulação no Recurso Extraordinário, ou no Habeas Corpus, por exemplo, é salutar que o processo seja afetado à análise do Pleno ou do Órgão Especial competente para julgamento das ações objetivas, a fim de que se verifique o quórum legal, bem como as razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

<sup>77</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 564.

<sup>78</sup> Destaca-se o voto do Ministro no RE 197.917/SP (Supremo Tribunal Federal, RE 197.917/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, Julgamento em 06/06/2002, Publicação no DJe em 07/05/2004).

<sup>79</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 559/564; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.215/1.220.

decisão de inconstitucionalidade e algum outro valor também tutelado pela Constituição que venha a ser vulnerado pela anulação *ex tunc* (como a segurança jurídica, ou o “excepcional interesse social”, colocados como critérios para a limitação em controle abstrato), nada impede que o enfrentamento ocorra também pela via incidental.

Se admitirmos que essa necessidade de ponderação é inerente à complexidade das situações jurídicas, e que permite maior observância e defesa do bloco de constitucionalidade, inexistente aspecto intrínseco ao controle abstrato que, por si só, autorize a modulação de efeitos em seu âmbito de forma exclusiva, impossibilitando-a na via incidental. De fato, as ponderações que são objeto da modulação de efeitos na via concentrada também podem ser encontradas na via difusa.

Como explica Gilmar Mendes:

[...] a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.<sup>80</sup>

Tratar da possibilidade de limitação em sede de controle difuso, assim, não significa extensão de prerrogativas conferidas ao Supremo Tribunal Federal por meio das Leis 9.868/99 e 9.882/99, como já se ressaltou. Ao contrário, representa consequência inarredável da possibilidade de restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no País, ou seja, da própria legitimidade da técnica de modulação.

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski destaca que:

[...] os fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos nas decisões prolatadas nos processos de índole objetiva também se aplicam, *mutatis mutandis*, aos processos de natureza subjetiva. [...] De fato, embora se trate de processos subjetivos, a verdade é que, quando a matéria é afetada ao Plenário [...] a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos *erga omnes*.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 197.917/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, Julgamento em 06/06/2002, Publicação no DJe em 07/05/2004.

<sup>81</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Modulação dos Efeitos das Decisões Ações de Índole Subjetiva no Supremo Tribunal Federal*. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo (coord.). *Direito constitucional – os desafios contemporâneos: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá, 2012, p.222.

A inflexibilidade da tese de nulidade dos atos normativos inconstitucionais, que se busca contornar por meio da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, permanece nociva e irremediável também no controle difuso caso não seja autorizada a limitação de efeitos. Vale dizer, dessa forma, que a causa ensejadora da modulação em fiscalização abstrata não deixa de estar presente no curso das ações subjetivas de controle, motivo por que deve ser também tida como legítima.

#### **d) Das mudanças de entendimentos consolidados**

Outra linha de raciocínio que subsidia a possibilidade de modulação em controle difuso de constitucionalidade põe em foco a relevância de mudanças jurisprudenciais sobre temas que antes eram considerados pacíficos na Corte. Luís Roberto Barroso é um dos principais doutrinadores que expõem essa perspectiva.

A força do precedente jurisprudencial tem aumentado nas últimas décadas entre as Cortes do País <sup>82</sup>. Não só no que diz respeito às interpretações de dispositivos legais, mas também em casos mais relevantes, quando se discute a constitucionalidade de certas normas, cada vez mais – e especialmente em face da carga de processos que assola o Judiciário brasileiro – têm sido valorizados os entendimentos já desenvolvidos em casos precedentes. A edição de um número cada vez maior de súmulas pelos tribunais ratifica essa afirmação.

As mudanças de jurisprudências consolidadas quanto à constitucionalidade de certas normas, que muitas das vezes decorrem de processos naturais de mutação constitucional <sup>83</sup>, podem gerar grande instabilidade jurídica nesse contexto. A alteração pode afetar inúmeras expectativas de direito, bem como situações jurídicas já consolidadas, firmadas não apenas na presunção natural de constitucionalidade das leis promulgadas pelo Legislativo, mas também nos pronunciamentos positivos das Cortes a respeito daquelas normas. O efeito prospectivo das decisões surge, assim, como medida garantidora de estabilidade aos casos já decididos

<sup>82</sup> “Nos últimos anos tem-se verificado a saudável tendência, no direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais. [...] Disso, naturalmente, não deve resultar a vedação de afastar eventualmente o precedente existente nem tampouco a impossibilidade de alterar a jurisprudência. Mas a ascensão doutrinária e normativa do precedente impõe maior deferência e cautela na sua superação”. (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81)

<sup>83</sup> “De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ‘ajustar’ às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa, 1997, p. 495 *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 576).



conforme certo entendimento consolidado, ao mesmo tempo em que permite a evolução jurisprudencial da Corte.

Barroso ressalta que o novo entendimento trazido pela Corte, em muitos casos, pode ter força semelhante à de nova lei promulgada, que, em regra, não deve retroagir:

A atribuição de efeitos meramente prospectivos à mudança de orientação jurisprudencial deverá ser especialmente considerada nos casos em que o entendimento que está sendo alterado tornou-se pacífico por longo período. É que uma nova interpretação tende a produzir efeitos práticos semelhantes aos que decorrem da edição de lei nova. Vale dizer: embora não haja uma alteração formal do Direito vigente, verifica-se uma alteração substancial, que, como regra, deve valer apenas para a frente. Diante de tal situação, o valor a ser promovido com a nova orientação deverá ser ponderado com outros valores, como a boa-fé, a proteção da confiança e a segurança jurídica.<sup>84</sup>

#### e) Da redução das fronteiras entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade

Importa destacar, ainda, a redução das fronteiras tradicionais colocadas entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Originárias na clássica diferenciação entre o modelo norte-americano (*Judicial review of Legislation*) e o modelo europeu (a *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana), as características particulares de cada tipo de sistema, se antes poderiam ser observadas de forma nítida, hoje possuem mais função didática do que reflexos práticos, tendo em vista as inúmeras reformas que vieram a flexibilizá-los ao longo dos anos<sup>85</sup>.

Como já afirmado neste trabalho, o Brasil adotou modelo inicial exclusivamente difuso de controle de constitucionalidade, partindo de inspiração norte-americana. A Emenda Constitucional nº 16/65, ao instituir a figura da representação interventiva, inaugurou modelo misto de controle no País. A tendência que se tem observado no tocante à convivência entre os dois modelos, desde então, é de redução de suas distinções mais acentuadas, no sentido de construção de uma espécie única de controle<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

<sup>85</sup> O sistema difuso norte-americano, cujas decisões de inconstitucionalidade valeriam apenas entre as partes do processo, com eficácia retroativa, sofre temperamentos pelo desenvolvimento de técnicas como o *prospectiva overruling* e a utilização do *stare decisis*. No modelo concentrado kelseniano, consagrado especialmente pela Constituição austríaca de 1920, a Reforma Constitucional de 1929 já introduziu a possibilidade de atribuição de efeitos *ex tunc* às decisões em favor do autor da ação na qual surgida a arguição de inconstitucionalidade, bem como foi atribuída a dois órgãos do Judiciário a possibilidade de solicitar à Corte Constitucional que se manifestasse incidentalmente sobre a constitucionalidade de certos dispositivos normativos, reduzindo-se a objetivação do processo tipicamente abstrato.

<sup>86</sup> “A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas [...] operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de *dessubjetivação* das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia *inter partes*. A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de

No âmbito internacional, precedentes como *Linkletter v. Walker*, assim como a Reforma Austríaca de 1929 indicam desde logo que, em se tratando de uma interpretação contínua e “viva” da Constituição, não há como se apegar a teoria rígidas e inflexíveis. Como já destacou Clèmerson Clève ao comentar a matéria, reproduzido nessa afirmação por inúmeros doutrinadores, a vida “é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias”<sup>87</sup>.

Em trabalho a respeito do tema, argumenta Segado:

*Más aún, incluso desde una perspectiva histórica resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad sistema difuso / sistema concentrado o, con más rigor, judicial review of Legislation / Verfassungsgerichtbarkeit, fue más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta relativización de algunos de sus rasgos más característicos. [...] Por lo demás, una opinión doctrinal muy extendida en nuestros días, si es que no casi generalizada, subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos clásicos modelos. Es el caso, entre otros muchos de Cappelletti, para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno sólo, en proceso, en definitiva, de unificación.*<sup>88</sup>

Assim, não há que se falar, atualmente, em distinções estáticas e intransponíveis entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Os exemplos internacionais, bem como o brasileiro, têm demonstrado que a jurisdição constitucional deve evoluir em criatividade no momento de decidir sobre os efeitos da inconstitucionalidade das normas. No Brasil, a positivação da técnica de modulação de efeitos nas leis de ações objetivas, portanto, não pode ser vista como uma reserva feita ao controle difuso. Antes disso, deve ser interpretada como uma imposição de parâmetros que reconhece a possibilidade de limitação de efeitos no sistema de fiscalização como um todo, independentemente das ultrapassadas características estanques de cada modelo.

### 3.2 Jurisprudência brasileira sobre modulação de efeitos em controle incidental

Em termos jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal quase sempre opinou pela possibilidade de modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade. Mesmo

---

recurso extraordinário de feição especial para os julgados especiais, o reconhecimento de efeitos transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado [...], a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a *desformalização* do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse *diálogo* e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.219 / 1.220).

<sup>87</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 255.

<sup>88</sup> SEGADO, Francisco Fernández. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano-modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*. In: *Revista de Direito Público*. n. 2 (out-nov-dez/2003), p. 65/66.

antes do advento das Leis 9.868/99 e 9.882/99, já se praticava a modulação independentemente da via incidental ou concentrada pela qual se questionasse a inconstitucionalidade, partindo-se da necessidade de flexibilização da tese estrita de que todo ato julgado inconstitucional seria nulo de pleno direito. Esse dado histórico é outro indicativo de que, como já defendido, aquelas disposições normativas vieram impor limites à atuação da Corte, em vez de lhes outorgar novos poderes.

Já em 1974, acordavam os Ministros do Supremo Tribunal Federal que os atos praticados pelos chamados “funcionários de fato” deveriam ser tidos como válidos, apesar da inconstitucionalidade da lei que assim os designou:

FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. DE OFICIAL VALIDADE DO ATO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DE FATO. APESAR DE PROCLAMADA A ILEGALIDADE DA INVESTIDURA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA FUNÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA, EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL QUE AUTORIZOU TAL DESIGNAÇÃO, O ATO POR ELE PRATICADO É VALIDO. - RECURSO NÃO CONHECIDO. <sup>89</sup>

O entendimento configura relativização à tese da nulidade porque, como analisado pelo Relator em seu voto, considera aspectos externos a ela antes de fixar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. No caso, e independentemente da via incidental pela qual se instaurava o debate sobre o tema, considerou-se que a teoria administrativista deveria ser levada em conta antes que se procedesse à anulação irrestrita dos efeitos produzidos pela lei inconstitucional <sup>90</sup>. A argumentação desenvolvida pela teoria de direito administrativo em torno da aparência do funcionário de fato, bem como da confiança depositada pelos particulares em torno de seus atos, parecia anunciar desde então a relevância da proteção à segurança jurídica em face da anulação irrestrita das normas inconstitucionais.

Confira-se ainda outro precedente de data anterior à promulgação das Leis 9.868/99 e 9.882/99, de Relatoria do Ministro Francisco Rezek:

EMENTA: - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo.

<sup>89</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 78.594/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Bilac Pinto, Julgamento em 07/06/1974, Publicação no DJ em 04/11/1974.

<sup>90</sup> Ressaltou o Ministro Bilac Pinto naquele voto que: “Os efeitos desse tipo de declaração não podem ser sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos. [...] Ainda que se pretenda que os efeitos da decisão desta Corte, pela sua própria natureza, tem efeito retroativo, para atingir todas as nomeações de oficiais de justiça feitas com apoio na Lei Estadual de 3.12.71, não se poderá concluir que os atos praticados por esses oficiais de justiça são nulos. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura, em razão da inconstitucionalidade da norma de competência para a nomeação, as circunstâncias em que se operou formalmente o provimento fazem deles ‘funcionários de fato’. E os atos que praticaram, como oficiais de justiça de fato, são válidos, de acordo com a melhor doutrina do direito administrativo”.

Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte.<sup>91</sup>

A concessão de benefícios posteriormente considerados inconstitucionais aos magistrados de Minas Gerais, nesse caso, levou à opção pela não exigência de recolhimento das quantias recebidas indevidamente. Observou-se que a irredutibilidade de vencimentos havia de ser prestigiada, ainda que a lei instituidora do aumento houvesse sido julgada inconstitucional. Os efeitos seriam, desse modo, modulados a partir do trânsito em julgado da decisão, como ponderou o relator, Ministro Francisco Rezek:

Esta Corte tem jurisprudência [...] no sentido de prestigiar a irredutibilidade judiciária poupando seus detentores de restituir ao erário montante inconstitucionalmente pago. Vá lá que assim seja, e, portanto, ainda que declarada a inconstitucionalidade de retribuição ou acréscimo de índole vária [...], não se devolve seu valor pecuniário já ingresso no patrimônio do assalariado, que é o juiz, e em geral já despendido. Esta idéia, provavelmente erigida sobre pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas, só se vê justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios, porque ainda não apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo. [...] Mantendo no caso concreto a vitalidade de determinado quadro normativo apesar de já declarado inconstitucional pelo Supremo, o acórdão recorrido expôs-se à correção extraordinária, no sentido de limitar seus efeitos ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 9262 – portanto, ao período de validade inquestionada desta última.

Após a positivação da técnica da modulação de efeitos em 1999, por meio dos artigos 11 e 27 das Leis já citadas, a jurisprudência do Supremo se manteve firme na possibilidade de modulação em casos de controle pela via incidental.

O *leading case* no tocante ao tema, posterior às Leis de 1999, refere-se ao caso do Município de Mira Estrela, julgado em sede de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo<sup>92</sup>. No caso, discutia-se a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, em São Paulo. O Ministério Público apontou, por meio de ação civil pública na primeira instância, que o número de vereadores da Câmara Municipal fora fixado em desconformidade com o artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal, devendo ser reduzido de onze para nove. Após provimento da apelação interposta pelo Município e pela Câmara de Vereadores, ingressou-se com o recurso extraordinário.

<sup>91</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 122.202/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Rezek, Julgamento em 10/08/1993, Publicação no DJ em 08/04/1994.

<sup>92</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 197.917/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, Julgamento em 06/06/2002, Publicação no DJ em 07/05/2004.

Quanto ao mérito da causa, basta salientar que o dispositivo da Lei Orgânica foi julgado inconstitucional, por afronta ao artigo 29, inciso IV, alínea “a”, da Constituição Federal. Com relação aos efeitos da decisão, no entanto, a Corte se atentou à experiência alemã <sup>93</sup>, destacada no voto do Ministro Gilmar Mendes, para modulá-los *pro futuro*. Uma decisão de inconstitucionalidade que levasse à anulação irrestrita de efeitos, no caso, traria consequências inimagináveis ao Município, que já se regia por inúmeras leis e decisões de aprovação de contas proferidas pela Casa Legislativa com número inconstitucional de vereadores.

A experiência da Corte Alemã foi destacada no caso para que se vislumbrassem os riscos de uma decisão de nulidade irrestrita, que desconsiderasse todos os atos praticados pela legislatura anterior e pela atual. Além disso, em se tratando de lei eleitoral, destacou-se o “risco da aporia” apresentado por Jellinek, segundo o qual uma lei dessa natureza apenas deveria ser anulada caso outra fosse apta a resolver a questão. Se assim não fosse, o Estado possuiria legislatura ilegítima e também não apresentaria órgão capaz de confeccionar uma nova lei eleitoral sob os devidos parâmetros constitucionais. Nesse caso, e conforme foi julgado RE 197.917/SP, deveria se decidir pela inconstitucionalidade da lei sem pronúncia de nulidade, estabelecendo-se uma forma de apelo ao legislador atual para que regulamentasse a questão o quanto antes.

Firmado esse precedente, a Corte posteriormente se deparou por diversas vezes com a questão da modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade, decidindo sempre pela sua possibilidade. Ana Paula Ávila destaca, no entanto, os seguintes casos isolados em que se decidiu de modo diverso:

RE nº 430.421 AgR, relator Min. Cezar Peluso, DJ, de 4 de fevereiro de 2005; AI nº 521.546 AgR/ED, relator Min. Sepúlveda Pertence, de 26 de abril de 2005 e AgR nº 478.398, relator Min. Eros Grau, de 22 de junho de 2005. São, no entanto, precedentes praticamente contemporâneos, que se citam uns aos outros como fundamento da decisão, mas, em qualquer deles, não consta a razão pela qual não se considera possível a aplicação do art. 27 no âmbito do controle difuso. Ou seja, embora nas ementas esteja afirmado que o art. 27 só tem aplicação no controle concentrado, no inteiro teor dos votos não se encontra qualquer passagem que justifique a afirmação. Isso se torna mais interessante se confrontado com a própria jurisprudência da Corte, anteriormente colacionada, que exemplificou a modulação dos efeitos pelo Supremo antes mesmo do advento da Lei nº 9.868/99 de 1999: todos

<sup>93</sup> Destacou-se a decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 22 de maio de 1963, em que se discutia a constitucionalidade de lei que dispunha sobre a divisão dos distritos eleitorais na Alemanha. Caso reconhecido o vício na lei que precedia as últimas eleições realizadas, a composição do Parlamento, como um todo, deveria ser considerada ilegítima. Dessa forma, não haveria órgão legislativo apto a promulgar nova lei de divisão dos distritos eleitorais, pois a legislatura anterior já se havia encerrado. Argumentou a Corte Alemã, então, que o processo de inconstitucionalização pelo qual passou a lei impugnada não poderia ser observado no momento de sua promulgação, mas, tendo em vista o estado de inconstitucionalidade a que se havia chegado, deveria ser proclamada a ofensa à Lei Fundamental sem pronúncia da nulidade, com um apelo ao legislador (*Appellentscheidung*).

aqueles casos apresentados perfazem hipótese de controle difuso de constitucionalidade.<sup>94</sup>

Podem ser citados, ainda, outros precedentes relevantes acerca do tema. Um deles diz respeito à mudança de jurisprudência quanto à exigência de recolhimento à prisão para que o réu acusado pudesse apelar. No curso do julgamento da Reclamação 2.391/PR<sup>95</sup>, debatia-se descumprimento de ordem concedida em *habeas corpus* por decisão de uma juíza de primeiro grau que manteve a segregação do réu fundamentando-se na obrigatoriedade de recolhimento à prisão para apelar (artigo 9º da Lei 9.034/95 e artigo 3º da Lei 9.613/98). O Ministro Cezar Peluso vislumbrou, no curso do julgamento da reclamação, possível inconstitucionalidade dos dispositivos, tendo em vista a presunção de inocência consagrada constitucionalmente e o caráter de execução provisória da pena existente naqueles artigos. Gilmar Mendes afirma que, em voto-vista, acompanhou os argumentos dos demais Ministros que decidiam pela inconstitucionalidade ou necessidade de interpretação conforme dos dispositivos, mas ressaltou que os efeitos da decisão deveriam ser modulados, ante a possível revisão de uma jurisprudência que estava plenamente consolidada na Corte (aquela em favor da constitucionalidade da exigência). Ressaltou-se, então, a importância da limitação de efeitos em face da revisão de jurisprudências amplamente consolidadas e aplicadas rotineiramente pelos diversos tribunais do país. A fundamentação específica acerca do valor constitucional que seria vulnerado pela anulação *ex tunc*, no entanto, não foi realizada. Limitou-se a ressaltar a possibilidade de modulação em controle difuso, especialmente em casos de mudança de jurisprudências consolidadas<sup>96</sup>.

Interessante destacar, ainda, o caso do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 392.139-8/RJ, ementado da seguinte forma:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFICÁCIA PROSPECTIVA [EX NUNC] EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 27 DA LEI N. 9.868/99. 1. A possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento

<sup>94</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 59/60.

<sup>95</sup> Supremo Tribunal Federal, Rcl 2.391 QO/PR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento em 10/03/2005, Publicação no DJe em 16/05/2008.

<sup>96</sup> Outros *habeas corpus* foram julgados pela Corte nos quais já se assentou a inconstitucionalidade do artigo 594 do Código de Processo Penal e demais dispositivos em leis especiais que estabeleçam a necessidade de recolhimento à prisão para que seja conhecida a apelação. Nada obstante, apesar dos pronunciamentos do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que se procedesse à modulação dos efeitos das decisões, os dispositivos dos acórdãos têm se limitado a conceder a ordem, sem tratar especificamente de sua aplicação *ex nunc*. Nesse sentido, o HC 85.880/MS, relator Ministro Carlos Britto, HC 88.420/PR, relator Ministro Ricardo Lewandowski, RHC 83.810/RJ, relator Ministro Joaquim Barbosa, HC 90.279/DF, relator Ministro Marco Aurélio.

quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei específica. 2. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n. 29/00, o Tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos normativos editados por diversos municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocadas pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões. Pelo contrário, a jurisprudência da corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente. Agravamento regimental a que se nega provimento.<sup>97</sup>

Trata-se de agravamento regimental interposto pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão monocrática que negou provimento a recurso extraordinário que impugnava, dentre outros tópicos, a decisão de inconstitucionalidade quanto à lei municipal que instituía cobrança progressiva de IPTU. O agravante pleiteava aplicação da modulação dos efeitos da decisão, para que não fosse necessária a repetição dos indébitos. O Ministro Relator indeferiu o pleito formulado, evidenciando, no entanto, que a modulação seria possível se fossem preenchidos os mesmos requisitos aplicáveis ao controle abstrato de constitucionalidade (trazidos pelo artigo 27 da Lei 9.868/99). Destacou também que a nulidade da norma inconstitucional permanece como regra no direito brasileiro, cabendo à Corte discorrer especificamente acerca da modulação caso opte por abrir exceções. Conforme se extrai:

Ainda em prevalecendo a tese que se inclina pela possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente, em sede de controle difuso, a mim parece claro que, dado o caráter excepcional dessa medida, ela somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, reconhecendo a observância dos requisitos previstos no artigo 27, da Lei n. 9.868/99. Se ao declarar a inconstitucionalidade de lei, a corte silencia sobre a questão, a eficácia da decisão deve ser, em regra, retroativa. [...] a jurisprudência da corte é firme em reconhecer, nesses casos, a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente. Nos presentes autos, igualmente, não há qualquer justificativa trazida pelo ora agravante que justifique tratamento diferenciado, já que não restaram demonstradas as necessárias razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, previstas em lei.

Pode-se afirmar, assim, que o Supremo Tribunal Federal aceita de forma pacífica a possibilidade de modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade, salvo raros precedentes, já apontados. Nada obstante, são poucos os votos que explicitam os valores constitucionais ponderados por meio da limitação de efeitos, sendo que na maioria das vezes o

<sup>97</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 392139 AgR / RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, Julgamento em 26/04/2005, Publicação no DJ em 13/05/2005.

assunto é tratado como uma prerrogativa da Corte, sem fundamentação constitucional profunda.

Ainda podem ser traçadas algumas considerações sobre a forma pela qual certas cortes estrangeiras lidam com o tema da modulação de efeitos, essenciais para que o fenômeno tenha se desenvolvido no Brasil, em sede de controle abstrato e difuso de constitucionalidade.

### **3.3 Modulação de efeitos e sistemas de controle em outros países**

Os fundamentos teóricos sobre os quais se discorreu anteriormente, bem como os rumos que tem tomado a jurisprudência brasileira acerca do tema da modulação em controle difuso, podem ser mais bem situados quando se analisa o assunto sob uma perspectiva internacional. Em termos de direito comparado, o que se pode observar é uma tendência de flexibilização das técnicas de julgamento e criatividade na atribuição de efeitos, no sentido de resguardar integralmente o bloco de constitucionalidade sem apego desmedido a teorias imutáveis. A evolução dos sistemas analisados a seguir, como já se pontuou anteriormente, representa não apenas a tendência de eliminação das distinções entre controle difuso e concentrado, mas também a complexidade cada vez maior das questões que são submetidas à fiscalização de constitucionalidade em cada país, as quais demandam respostas proporcionalmente complexas e criativas <sup>98</sup>.

#### **a) Sistema norte-americano**

Ao analisar o modelo difuso de controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, por meio do *judicial review* a ser implementado por todos os juízes e tribunais, algumas peculiaridades devem ser destacadas para que, desde logo, possa ser estabelecida diferenciação com o controle incidental brasileiro.

---

<sup>98</sup> Frente à complexidade crescente das novas demandas, em confronto com técnicas obsoletas de atribuição de efeitos, importante destacar o apontamento feito por Gilmar Mendes, para quem “A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 494).



Em âmbito de *common law*, em que se destaca a valorização de precedentes e costumes sobre a dogmática jurídica, o sistema de controle norte-americano, apesar de difuso, possui um modo de operação distinto do brasileiro. De fato, a decisão proferida de modo incidental, pela força que se vislumbra nos precedentes, acaba por não se restringir ao caso concreto, mas é observada também em outros julgamentos. O *stare decisis* norte-americano, além disso, estabelece dever de observância das Cortes inferiores com relação ao que é julgado pela Suprema Corte, impondo respeito às suas decisões como *res iudicata*. Por isso, diz-se que a decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte, conquanto fruto de processo subjetivo, possui eficácia *erga omnes* <sup>99</sup>.

A força dos precedentes e a vinculação imposta pelo *stare decisis* indicam, desde já, que nem no sistema de controle estadunidense, difuso por excelência, tem-se uma distinção rígida entre o que seria característica do controle incidental (eficácia *inter partes*) e do abstrato (eficácia *erga omnes*). Quando se passa à análise das técnicas de decisão, também se pode observar que a rigidez da clássica atribuição de efeitos retroativos, tendo por base o caráter declaratório da decisão de inconstitucionalidade, não foi capaz de se sustentar naquele País.

A decisão da Suprema Corte em *Linkletter v. Walker* (1965) é importante porque representou a instituição de nova técnica decisória em termos de fiscalização de constitucionalidade. A superação de precedentes estáveis, se no Brasil já deve ensejar limitação dos efeitos das decisões, nos casos de risco à segurança jurídica ou outros valores consagrados constitucionalmente <sup>100</sup>, especialmente no sistema de *common law* estadunidense levantou questões sobre a estabilidade dos julgados.

Para que se entenda o caso, necessárias algumas anotações sobre o precedente anteriormente firmado. Em *Wolf v. Colorado*, 338 US 25 (1949), a Suprema Corte decidiu que a Quarta Emenda <sup>101</sup> não se aplicava ao âmbito estadual, sendo que a “regra de exclusão”, que proibia o uso de provas colhidas ilegalmente nas Cortes federais, não se aplicaria a nível dos Estados. Criado o precedente, diversas condenações foram proferidas em âmbito estadual por meio de provas obtidas de forma ilícita. Em 1961, no entanto, chegou à Suprema Corte o caso de Dolree Mapp, cuja condenação em Primeira Instância foi baseada em provas colhidas por policiais que adentraram sua residência sem mandado de busca e apreensão. Ao julgar *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961), a Suprema Corte optou pela superação do entendimento

<sup>99</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 61.

<sup>100</sup> Como se destacou no tópico “d” do item 3.1.

<sup>101</sup> “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

sedimentado anteriormente, considerando que a regra de exclusão se estendia às Cortes estaduais, e que a prova obtida ilegalmente não poderia ser admissível em qualquer juízo penal.

Em face do novo entendimento, inúmeros condenados pleitearam, junto à Suprema Corte, revisão de seus casos. Um deles foi Victor Linkletter, condenado pelo crime de *simple burglary*, em Louisiana, no ano de 1959. Sua condenação foi baseada em provas obtidas por policiais que o prenderam, apreenderam suas chaves e adentraram sua residência e estabelecimento comercial sem qualquer mandado. Ao pleitear novo julgamento perante a Suprema Corte, após o que ficou estabelecido em *Mapp v. Ohio* (1961), teve seu pedido indeferido. A argumentação desenvolvida pela maioria da Corte foi no sentido de que a Constituição americana (à semelhança da brasileira) não proibiu nem obrigou que as decisões em fiscalização de constitucionalidade fossem aplicadas de forma retroativa, sendo que a atribuição de efeitos constitui decisão política pertencente à Suprema Corte. Nesse sentido, argumentou-se que:

Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de ‘depreciar’ a Emenda devemos aplicar a sabedoria do *Justice Holmes*, que dizia que ‘na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência’. [...] A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em *Mapp*, já ocorreu e não será corrigida pela soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de *Mapp*. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde.<sup>102</sup>

Assim, desenvolveram-se nos Estados Unidos técnicas decisórias de superação de precedentes, por meio da limitação da eficácia retroativa das decisões de inconstitucionalidade. A esse respeito, a doutrina diferencia as categorias de *limited retrospectivity* e *prospective overruling*. A *limited retrospectivity* permite que a decisão da Suprema Corte possua eficácia retroativa limitada, enquanto que as técnicas de *prospective*

<sup>102</sup> *United States Reports*, 381:629 e *United States Reports*, 382:637, *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 498. No original: “Once the premise is accepted that we are neither required to apply, nor prohibited from applying, a decision retrospectively, we must then weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation. We believe that this approach is particularly correct with reference to the Fourth Amendment’s prohibitions as to unreasonable searches and seizures. Rather than ‘disparaging’ the Amendment we but apply the wisdom of Justice Holmes that ‘(t)he life of the law has not been logic: it has been experience.’ [...] The misconduct of the police prior to *Mapp* has already occurred and will not be corrected by releasing the prisoners involved. Nor would it add harmony to the delicate state-federal relationship of which we have spoken as part and parcel of the purpose of *Mapp*. Finally, the ruptured privacy of the victims’ homes and effects cannot be restored. Reparation comes too late”.

*overruling* autorizam a Corte a eliminar por completo a eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade. Na *limited prospectivity*, o novo entendimento da Corte passa a valer para os casos iniciados após a decisão de inconstitucionalidade, inclusive para aquele que a ensejou. A *pure prospectivity*, por outro lado, atribui à decisão efeitos *pro futuro*, excluindo também o caso em que arguida incidentalmente a inconstitucionalidade.

Do modelo norte-americano, pode-se extrair que a modulação de efeitos não é incompatível com o controle incidental de normas. A limitação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade é essencial para a fiscalização das normas como um todo, e especialmente quando se trata da superação de precedentes estáveis. Por mais que no sistema brasileiro não haja tamanha vinculação ao precedente, é certo que sua importância tem crescido, e as “viradas jurisprudenciais” não podem dar ensejo a situações de instabilidade jurídica e frustração da expectativa de todos aqueles que já obtiveram provimento judicial de acordo com o entendimento antigo.

## **b) Sistema alemão**

O modelo de controle estabelecido na Alemanha oferece diversos exemplos de inovação na atribuição de efeitos às decisões de inconstitucionalidade<sup>103</sup>. Muitas das técnicas desenvolvidas naquele País são atualmente utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal a fim de afastar a nulidade *ex tunc* das leis julgadas inconstitucionais.

No modelo alemão, à semelhança do austríaco, controle difuso e concentrado de constitucionalidade convivem, com a observação de que não é deferida aos juízes e tribunais comuns a decisão de inconstitucionalidade por ofensa à Lei Fundamental. Caso constatada a contrariedade à Lei Maior, no caso concreto, o processo deve ser suspenso para análise da questão pela Corte Constitucional (artigo 100, I, da Lei Fundamental).

A regra no direito alemão ainda é da nulidade da lei julgada inconstitucional, com base no artigo 13, II, da Constituição de Weimar. Nada obstante a previsão expressa, admite-se que o conteúdo normativo desse dispositivo deve ser limitado, a fim de que a pronúncia da nulidade apenas ocorra nos seus termos se for apta à resolução do problema posto à Corte. Nesse sentido, a noção de que o postulado da nulidade tem *status* constitucional vem sendo

---

<sup>103</sup> “Em nenhum sistema de controle de normas, seja ele *incidental* ou *concentrado*, logra-se identificar, porém, formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional (alemã)” MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 505.

atacada nos últimos tempos, e mitigada especialmente pelas inúmeras técnicas de julgamento desenvolvidas pela Corte. Ao tratar do tema, afirma Gilmar Mendes:

Essa concepção vem sendo atacada, nos últimos tempos, sobretudo com a alegação de que o dever imposto ao juiz para submeter a questão à Corte Constitucional, no controle concreto de normas (Lei Fundamental, art. 100, I), estaria a demonstrar que as leis inconstitucionais não são nulas *ipso jure*. É que – argumenta-se – o juiz não poderia, no caso da nulidade, ainda estar vinculado à lei ou obrigado a submetê-la ao Tribunal Constitucional.<sup>104</sup>

Dentre as técnicas utilizadas no sentido de mitigar a simples declaração de nulidade, a *Appellentscheidung* se destaca como uma forma de “apelo ao legislador”, por meio da qual não se pronuncia a nulidade da norma inconstitucional, mas se conclama o Legislativo para que promova as medidas necessárias à correção do possível estado futuro de inconstitucionalidade. Solucionam-se, por meio da técnica, as situações de leis “ainda constitucionais”, que vêm passando por processos de mutação e provavelmente se tornarão contrárias ao texto da Lei Fundamental no futuro.

Interessante observar que, assim como o sistema brasileiro, que não dispõe de norma expressa autorizando a modulação de efeitos, também a Corte Constitucional alemã promove a *Appellentscheidung* à míngua de base legal evidente. O argumento que a sustenta, no entanto, leva em consideração a complexa situação do “processo de inconstitucionalização” para deixar proclamar a nulidade da lei. De fato, à época do julgamento ainda não se vislumbra situação inconstitucional, mas o curso de um processo que pode ter esse fim.

No Brasil, o reconhecimento de leis “ainda constitucionais” já é adotado inclusive em sede de controle difuso de constitucionalidade. Ao julgar o HC 70.514/RS<sup>105</sup>, o Supremo Tribunal Federal considerou que o artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/50, ao conceder prazo em dobro para recursos da Defensoria Pública, seria constitucional enquanto o órgão não possuísse estrutura organizada em posição de igualdade com o Ministério Público. Não se ressaltou expressamente no julgado o argumento que levaria à possível inconstitucionalidade do dispositivo. Nada obstante, a técnica alemã foi utilizada a fim de que se reconhecesse que uma possível inconstitucionalidade da norma não deveria ensejar, naquele momento, a declaração de sua nulidade, em face da organização precária dos Núcleos de Assistência Judiciária nos Estados.

---

<sup>104</sup> *Ibid*, p. 507.

<sup>105</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 70.514/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, Julgamento em 23/03/1994, Publicação no DJ em 27/06/1997.

A Corte Constitucional alemã, como já se disse, também pode declarar a inconstitucionalidade de determinadas normas sem pronúncia de sua nulidade. Especialmente a partir da década de 70, firmou-se o entendimento de que o § 31, (2), 2º e 3º períodos, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, ao diferenciar a declaração de nulidade daquela de inconstitucionalidade, apenas, permitiu que o Tribunal se abstinisse da pronúncia de nulidade de uma norma contrária à Lei Fundamental. Os dois casos típicos que ensejaram o desenvolvimento dessa técnica foram a exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade e a omissão legislativa. Em ocorrendo qualquer dessas situações, a anulação irrestrita se mostra incapaz de sanar o estado de contrariedade à Constituição, podendo até mesmo agravá-lo.

Inúmeros questionamentos e críticas podem ser lançados às técnicas desenvolvidas pela jurisdição constitucional alemã a fim de mitigar a teoria da nulidade e oferecer decisões que melhor resguardem o texto constitucional. Não é foco deste trabalho o aprofundamento nesse debate. O importante é que se observe a riqueza que o tema dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pode suscitar, passando ao largo dos limites estreitos das bipolaridades “tese de nulidade / tese da anulabilidade” ou “controle difuso / controle concentrado” de constitucionalidade.

### c) Sistema austríaco

Na Áustria, competia inicialmente apenas ao Tribunal Constitucional a solução de controvérsias relativas a temas constitucionais, fosse por meio de requerimento formulado pelo governo federal fosse pelos governos estaduais. O sistema de caráter abstrato se tornou misto a partir de 1929, quando introduzido no ordenamento austríaco o controle concreto de normas, por meio de arguições de inconstitucionalidade surgidas no curso de processos subjetivos <sup>106</sup>.

A Constituição austríaca de 1934 previa de forma expressa que “uma lei contrária à Constituição não é inválida, ou melhor, não é absolutamente nula, mas sim um ato inconstitucional, que preserva a força jurídica até a sua cassação” <sup>107</sup>. Assim, e como já se

<sup>106</sup> Ainda assim, no entanto, a decisão sobre a constitucionalidade das normas cabia exclusivamente à Corte Constitucional, sendo dever dos juízes e tribunais remeter a ela eventuais arguições nesse sentido.

<sup>107</sup> “*Ein Gesetz, das der Verfassung widerspricht, ist nicht, ungültig, ist also nicht absolut nichtig, sondern ein zwar verfassungswidriger, aber bis zur allfälligen Aufhebung rechtsverbindlicher Akt*”.

expôs neste trabalho, prevaleceu inicialmente na Áustria a teoria de inspiração kelseniana que atribuía efeitos prospectivos às decisões de inconstitucionalidade, tendo por base o argumento de que o *decisum* constituiria a inconstitucionalidade, e não a declararia. Quanto ao controle difuso, estabeleceu-se excepcionalmente que teria efeitos retroativos no caso concreto, quando submetido à Corte pelo Tribunal Superior.

Muitos métodos foram desenvolvidos, no entanto, para que a Corte Constitucional fosse capaz de resguardar a integralidade da Constituição ao proferir suas decisões de inconstitucionalidade. Assim como a inconstitucionalidade pode ter efeitos *ex nunc*<sup>108</sup>, contados da data de publicação do julgado, o Tribunal também pode estabelecer prazo para entrada em vigor da cassação (artigo 140, § 5º, 2ª parte, da Constituição Austríaca), o qual não pode exceder dezoito meses. Ainda assim, no tocante ao processo que deu ensejo à decisão de inconstitucionalidade (bem como aos que a ele se assemelham e ainda estão pendentes de julgamentos), a decisão terá eficácia retroativa. A lei também terá aplicação aos fatos verificados anteriormente à sua cassação, salvo ressalva expressa da Corte (artigo 140, § 7º e artigo 139, § 6º, da Constituição Austríaca).

Como se vê, a possibilidade de atribuição de efeitos é ampla e permite à Corte que estabeleça as ponderações mais convenientes nos casos concretos a fim de proteger as situações tuteladas pelas normas que sofreram juízo de inconstitucionalidade. As regras impostas pela Constituição Austríaca permitem não apenas a limitação dos efeitos prospectivos, como também que a retroatividade de suas decisões seja modulada.

#### **d) Sistema português**

O sistema português de fiscalização de constitucionalidade das normas abrange também o controle abstrato e o concreto. Nele, diferentemente do modelo alemão ou do austríaco, cabe a qualquer juiz e tribunal averiguar a constitucionalidade das leis em controle difuso, podendo atuar inclusive *ex officio* (artigos 204º e 280º da Carta Política Portuguesa). Do julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade nos casos concretos cabe recurso ao Tribunal Constitucional português, que somente dele conhecerá se a controvérsia sobre a

<sup>108</sup> “No ordenamento austríaco, a anulação da lei inconstitucional tem, em regra, eficácia *ex nunc*. Mas esta regra não vale ilimitadamente. Já se disse atrás que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroactiva em relação ao caso que esteve na base do controlo concreto da constitucionalidade da lei (entendido em termo amplos) e que o Tribunal Constitucional pode ainda optar com eficácia *pro praeterito*” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 681).

conformidade da norma à Constituição for essencial para o deslinde da causa. O julgamento da Corte Constitucional, nesses casos, será limitado à questão constitucional, devolvendo-se a questão relativa à causa principal para o Juízo *a quo*.

Nesse sistema, a regra também é a atribuição de efeitos *ex tunc* às decisões de inconstitucionalidade, bem como a repristinação da norma que eventualmente haja sido revogada pela lei inconstitucional (artigo 282º, 1, da Constituição de Portugal). Nada obstante, a limitação de efeitos é prevista no próprio texto constitucional<sup>109</sup>, e inclusive serviu de inspiração para o legislador brasileiro, conforme já se destacou anteriormente<sup>110</sup>. A Constituição portuguesa não estabelece distinção entre a “manipulação” de efeitos das decisões em controle abstrato ou concreto de constitucionalidade, limitando-se a permitir que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos *ex tunc* de suas decisões. A esse respeito, anota Jorge Miranda:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização. [...] Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas.<sup>111</sup>

Mais uma vez, observa-se em âmbito internacional a insatisfação com a atribuição irrestrita de efeitos *ex tunc* às decisões de inconstitucionalidade. Não se destaca o meio pelo qual foi arguida a desconformidade com a Constituição, mas sim a complexidade das situações concretas analisados em sede de fiscalização de constitucionalidade, que demandam juízos severos de proporcionalidade e reflexão sobre as consequências práticas dos julgados.

### 3.4 Considerações finais

Algumas considerações críticas devem ser feitas acerca da modulação de efeitos em controle difuso no País para que não se tenha a ilusão de que, sendo pacífica na jurisprudência

<sup>109</sup> Artigo 282 .Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs. 1 e 2.

<sup>110</sup> Ver capítulo 2.1.

<sup>111</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Coimbra, 1991, t. 2, p. 500-2 *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 502.

do Supremo, configura tema isento de objeções. Duas constatações principais acerca da fundamentação teórica e da prática jurisprudencial em torno da modulação de efeitos no controle incidental brasileiro podem ser extraídas. Uma delas é positiva, e reafirma a possibilidade de aplicação da técnica por qualquer juiz ou tribunal do Brasil. A outra aponta uma inconsistência entre os argumentos invocados pela Corte para modular efeitos em controle difuso e a forma como se aplica a técnica na prática.

Primeiramente, e no sentido do que já se expôs, constata-se que a limitação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade é essencial no âmbito de qualquer fiscalização de conformidade à Carta Política. No Brasil, a tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais foi importada sem maiores questionamentos da doutrina norte-americana e hoje é incapaz de se sustentar por inteiro, mesmo nos Estados Unidos.

A categoria civilista do “ato nulo”, que deve ser desfeito *ex tunc*, vem sendo aplicada no âmbito do direito constitucional sem maiores reflexões, bem como vários outros institutos de direito privado que não deveriam ser simplesmente importados quando se trata de controle de constitucionalidade. Por mais que no âmbito do controle abstrato já existam maiores reflexões sobre essas inconsistências <sup>112</sup>, em sede de controle difuso elas ainda requerem maior desenvolvimento.

A bipolaridade tradicional entre os modelos abstrato e difuso de controle, ligados ao caráter constitutivo ou declaratório da decisão de inconstitucionalidade, dentre outras características bipartidas surgidas das diferenças entre o modelo estadunidense e o europeu, vêm sendo gradativamente superadas não apenas em âmbito nacional, mas especialmente nas Cortes constitucionais de outros países. O foco, em lugar da manutenção desses preceitos estanques, passa a ser a atribuição de um número maior de técnicas decisórias às Cortes, para que não deixem de julgar pela inconstitucionalidade por temor aos efeitos da decisão. A manutenção inflexível dos clássicos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade tem dado lugar ao desenvolvimento de métodos para que os efeitos dos julgados preservem da melhor forma possível a integridade do bloco de constitucionalidade.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já havia detectado a insuficiência da tese tradicional da nulidade, e os julgados que envolviam a teoria administrativista do funcionário de fato ou a irrepetibilidade de proventos e gratificações indicavam, desde antes de 1999, a necessidade de limitação dos efeitos fosse em controle abstrato, fosse em controle concreto de constitucionalidade. As Leis 9.868/99 e 9.882/99 apenas estabeleceram critérios restritivos

---

<sup>112</sup> É de se observar, por exemplo, as considerações da doutrina acerca da causa de pedir aberta nas ações objetivas de controle de constitucionalidade, ou da impossibilidade de desistência. Esses mecanismos indicam desde já que ao controle abstrato de constitucionalidade não se devem replicar, irrefletidamente, mecanismos oriundos do processo civil.



para a aplicação da técnica, os quais, segundo já se defendeu, devem ser aplicados caso se proceda à modulação em controle difuso.

Assim, a primeira constatação, levando em conta a construção teórica do direito brasileiro, e as tendências do direito internacional, vai no sentido de que a modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade é não apenas possível, mas essencial.

A constatação seguinte pode ser dirigida aos casos de modulação em controle incidental por parte do Supremo, mas a eles não se restringe. A partir da análise da prática jurisprudencial sobre o tema, o que se pode observar é uma ausência de argumentação apropriada quando se procede à modulação de efeitos, a qual é muitas vezes utilizada como uma prerrogativa da Corte, por motivos de fundamentação predominantemente política, e não constitucional.

No direito brasileiro, a regra que ainda se observa é da nulidade da lei inconstitucional. O próprio texto do artigo 27 da Lei 9.868/99 explicita que a modulação é excepcional, sendo que, em não havendo pronunciamento específico da Corte sobre o assunto, o ato normativo será anulado retroativamente. Se a tese da nulidade constitui regra, apesar das inúmeras críticas que se possa fazer a esse respeito, é certo que o estabelecimento de exceções deve criar um ônus argumentativo, especialmente em virtude das restrições materiais impostas pela Lei 9.868/99 (segurança jurídica e excepcional interesse social). A ponderação a ser feita em defesa da modulação deveria, ainda, envolver valores estritamente constitucionais, segundo a opinião abalizada de Gilmar Mendes<sup>113</sup>:

Tal como observado, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> No mesmo sentido, discorrem outros doutrinadores. Para Ana Paula Ávila: “As possibilidades previstas pelo art. 27 [...] devem ser operadas com a devida parcimônia, porquanto o poder de determinação dos efeitos deve pautar-se pelos bens jurídicos e princípios garantidos na Constituição Federal [...]. A decisão que preserva efeitos de ato inconstitucional aceita somente uma fundamentação institucional, jamais recorrendo a argumentos meramente pragmáticos ou consequencialistas. É da Constituição que devem ser extraídos os *topoi* que serão assegurados pela preservação dos efeitos. Noutras palavras, toda ponderação permitida pelo art. 27 deve levar em conta um confronto entre normas internas à Constituição. Do contrário, aí sim, rompe-se com a supremacia da Constituição, vértice de toda a ordem jurídica” (ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei n° 9.868/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 171/172). Também argumenta Luís Roberto Barroso: “O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela norma inconstitucional” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238).

<sup>114</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.425.

Busca-se diferenciar, assim, a limitação de efeitos no direito brasileiro, que deveria ter por base ponderação entre critérios estritamente constitucionais, e a *judicial policy* praticada por meio da técnica de *prospective overruling* norte-americana, por exemplo, que parte de considerações políticas da Suprema Corte para definir o momento a partir do qual a superação do precedente surtirá efeitos.

O que se vem observando na prática, entretanto, é a ausência de semelhante ponderação estrita de valores constitucionalmente protegidos. Muitas vezes, o Supremo Tribunal Federal sequer se desincumbe de indicar qual o valor protegido pela modulação, limitando-se a aplicá-la por motivos de ordem mais pragmática que constitucional, propriamente.

Ressalta-se o caso da decisão incidental de inconstitucionalidade referente à determinação de cumprimento de pena no regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos (artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90) <sup>115</sup>. Após proferir extenso voto sobre modulação de efeitos e mutação constitucional, o Ministro Gilmar Mendes, no que é acompanhado pelos demais, afirma que a decisão não deveria ter efeitos *ex tunc* por causa de “todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal”. Não há indicação concreta, no entanto, de quais seriam essas implicações, se ações de indenização em face do Estado, ou o grande volume de processos que se teria de enfrentar em face do desfazimento *ex tunc* dos efeitos da norma. A técnica foi repetida em outro importante julgado, referente à inconstitucionalidade da vedação à substituição de pena privativa de liberdade na Lei de Entorpecentes (artigo 44 da Lei 11.343/2006) <sup>116</sup>. Também ali, à exceção do voto do Relator (que simplesmente se referiu ao HC 82.959/SP para justificar a modulação), não houve qualquer debate sobre o motivo da atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão.

A segunda constatação, portanto, diz respeito à incongruência entre as alegações da doutrina e dos próprios ministros do Supremo, no sentido de que a modulação demanda ponderação entre valores estritamente constitucionais, e a prática ampla da limitação de efeitos sem qualquer fundamentação ou, quando existente, sem referência a quaisquer valores constitucionalmente protegidos. Em se afirmando que a técnica, no Brasil, não se vale de *judicial policy*, os argumentos consequencialistas e pragmáticas, sem esteio constitucional,

---

<sup>115</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 82.959/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 23/02/2006, Publicação no DJ em 01/09/2006.

<sup>116</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, Julgamento em 01/09/2010, Publicação no DJe em 16/12/2010.

deveriam ser afastados no momento da modulação de efeitos em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, o que não vem ocorrendo.

Em suma, como bem conclui Flávio Beicker ao realizar estudo jurisprudencial sobre o tema:

Deixando de lado as críticas direcionadas à ideia da nulidade da norma inconstitucional enquanto princípio fundamental do sistema, de certa forma, a relativização desse entendimento impõe ao Tribunal do ponto de vista lógico, um *ônus argumentativo* caso o STF opte pela aplicação da modulação temporal dos efeitos. Os ministros afirmam ser indispensável considerar elementos fáticos para informar o juízo sobre o cabimento da modulação. Por essa razão, é comum encontrar argumentos consequencialistas, versando sobre situações concretas que seriam afetada pela decisão não modulada [...] No entanto, não há preocupação em relacionar, no caso concreto, os potenciais riscos da decisão retroativa a nenhum desses valores 'estritamente constitucionais'. Nota-se nos votos que os ministros não procuram conceituar nem distinguir o que seria violação à *segurança jurídica* ou prevalência de um ou mais *relevantes interesses sociais*. Ao votarem os ministros invocam a segurança jurídica e/ou um 'interesse coletivo de relevância conhecida', de forma genérica e imprecisa, tratando-os, muitas vezes, como duas categorias que se confundem. [...] é frequente o argumento de que, no momento em que modula os efeitos de sua decisão, o STF não estaria fazendo um juízo de conveniência, no sentido de política judiciária. Muito embora procure justificar a modulação de efeitos metodologicamente dessa forma, o Tribunal não tem revelado a preocupação de impor limites ou *self-restraints* à sua própria atuação. [...] Nos casos de rejeição da proposta de modulação de efeitos não há qualquer tentativa de identificar e ponderar os interesses envolvidos ou submetê-los a juízo de proporcionalidade, como amplamente alardeado pelos ministros nos casos em que a modulação é admitida.<sup>117</sup>

Assim, se, por um lado, admite-se que a prática da modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade é plenamente legítima e necessária à otimização do controle de constitucionalidade no País, por outro se observa que a rasa fundamentação praticada pelo Supremo Tribunal Federal no momento de utilizar a técnica tem gerado incongruências com o discurso da doutrina e dos próprios ministros, de que deve ser precedida por uma ponderação estrita de valores constitucionais. A dissonância entre a fundamentação teórica, de preservação de parâmetros tutelados pela Constituição, e a prática, que se assemelha a uma espécie dissimulada de *judicial policy*, coloca em risco a possibilidade de controle do uso da técnica, e deve ser aprimorada no sentido de evidenciar os limites ou *self-restraints*<sup>118</sup> a que os julgadores se submetem quando limitam os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade.

<sup>117</sup> BEICKER, Flávio. *Modulação de Efeitos e Nulidade de Ato Normativo Inconstitucional*. In: VOJVODIC, A.; PINTO, H. M.; GORZONI, P.; SOUZA, R. P. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 291/292.

<sup>118</sup> *Ibid*, p. 291.

## CONCLUSÃO

Não é recente a insatisfação da jurisprudência e de boa parte da doutrina brasileiras a respeito da tese da nulidade das normas inconstitucionais, importada da doutrina norte-americana. Se essa teoria teve sua importância no passado, enquanto discurso de afirmação da supremacia constitucional e da necessidade de fiscalização da legislação ordinária, atualmente já se mostra obsoleta e incapaz de responder adequadamente à complexidade das diversas situações submetidas ao controle de constitucionalidade no Brasil.

Após a avaliação acerca do desenvolvimento no País dos entendimentos sobre efeitos da decisão de inconstitucionalidade, foi possível afirmar a legitimidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, bem como as consequências teóricas resultantes de seu texto. Na verdade, a positivação da técnica de modulação de efeitos impôs restrições de caráter formal e material ao Supremo, que já vinha detectando a insuficiência da anulação irrestrita dos efeitos gerados por normas julgadas inconstitucionais, fosse pela via incidental, fosse por meio de ações de controle de constitucionalidade.

A respeito da possibilidade de modulação em controle difuso, constatou-se sua possibilidade ante a exposição de cinco argumentos principais: a inexistência de disposição normativa sobre o tema; o caráter restritivo dos artigos que estabelecem critérios para a modulação nas Leis de ações objetivas; a relação estreita entre limitação de efeitos e controle de constitucionalidade, como um todo; a necessidade de modulação frente às situações de mudança de entendimentos consolidados; e a redução das fronteiras entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

As experiências de Cortes Constitucionais estrangeiras também apontam no sentido da atribuição de maior liberdade decisória quando se trata de controle de constitucionalidade. Os modelos clássicos da Áustria e dos Estados Unidos, especialmente, já cederam diante da complexidade de muitas situações, que exigem soluções mais criativas do que a mera atribuição de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, irrefletidamente.

Em termos de prática jurisprudencial brasileira, constataram-se aspectos positivos e negativos. O Supremo Tribunal Federal tem agido com acerto ao praticar a limitação de efeitos em controle difuso, o que pode ser visto como autorização aos demais juízes e tribunais do País no tocante ao tema. A modulação é essencial para que se resguarde o bloco de constitucionalidade sem temores quanto a efeitos intransponíveis da decisão que, se for de inconstitucionalidade, poderá fundamentadamente ser modulada.

Nada obstante, verificou-se também que o processo de limitação dos efeitos vem sendo praticado tanto pela via incidental quanto por via de ação de forma pragmática, sem fundamentos explícitos ou ponderação de “valores estritamente constitucionais”, como tanto se defende. Por mais que a construção teórica afaste a prática de política judiciária na fase de modulação, ela tem acontecido de forma velada, ou talvez, dissimulada pelo Supremo. A incongruência deve ser sanada porque coloca em risco a possibilidade de controle do órgão: ou se alteram os fundamentos para afirmar a prática de *judicial policy*, o que ensejaria feroz debate no meio jurídico; ou, o que seria se mostra razoável, fundamenta-se propriamente a modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade, estabelecendo-se maior debate sobre o uso da técnica, e destacando-se os valores constitucionais ponderados na decisão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Robert Alexy: org./ Trad. Luís Afonso Heck. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras da argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEICKER, Flávio. *Modulação de Efeitos e Nulidade de Ato Normativo Inconstitucional*. In: VOJVODIC, A.; PINTO, H. M.; GORZONI, P.; SOUZA, R. P. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 78.594/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Bilac Pinto, Julgamento em 07/06/1974, Publicação no DJ em 04/11/1974.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, RE 79.343/BA, Segunda Turma, Relator Ministro Leitão de Abreu, Julgamento em 31/05/1977, Publicação no DJ em 02/09/1977.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Rp 971/RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Djaci Falcão, Julgamento em 03/11/1977, Publicação no DJ em 07/11/1978.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, RE 93.356/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Leitão de Abreu, Julgamento em 24/03/1981, Publicação no DJ em 04/05/1981.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 513/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Célio Borja, Julgamento em 14/06/1991, Publicação no DJ em 30/10/1992.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 652/MA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em 02/04/1992, Publicação no DJ em 02/04/1993.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, RE 122.202/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Rezek, Julgamento em 10/08/1993, Publicação no DJ em 08/04/1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 1116/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, Julgamento em 05/10/1995, Publicação no DJ em 17/11/1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, HC 70.514/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, Julgamento em 23/03/1994, Publicação no DJ em 27/06/1997.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Resp 130.886/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Julgamento em 18/08/1998, Publicação no DJ em 13/10/1998.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, RE 197.917/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, Julgamento em 06/06/2002, Publicação no DJ em 07/05/2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, RE 392139 AgR / RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, Julgamento em 26/04/2005, Publicação no DJ em 13/05/2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, HC 82.959/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 23/02/2006, Publicação no DJ em 01/09/2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, AI 582.280 AgR/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em 12/09/2006, Publicação no DJ em 06/11/2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Rcl 2.391 QO/PR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento em 10/03/2005, Publicação no DJe em 16/05/2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, Julgamento em 01/09/2010, Publicação no DJe em 16/12/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 4140/GO, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, Julgamento em 29/06/2011, Publicação no DJ em 20/09/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 2.154, Relator Ministro Dias Toffoli, Requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Remessa ao Gabinete da Senhora Ministra Carmen Lúcia em 18/04/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 1842/RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Julgamento em 06/03/2013, Publicação no DJe em 16/09/2013.

BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. Editora Saraiva, São Paulo, 1958.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1942.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 Ed. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COUTO E SILVA, Almiro Régis do. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. In: *Revista do Direito Público*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul. /set. 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HAMILTON, Alexander, *The Federalist Papers n. 78*. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *The Federalist Papers*. Nova York: Signet Classic, 1999.



HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3 Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Modulação dos Efeitos das Decisões Ações de Índole Subjetiva no Supremo Tribunal Federal*. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo (coord.). *Direito constitucional – os desafios contemporâneos: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de Constitucionalidade*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SEGADO, Francisco Fernández. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano-modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*. In: *Revista de Direito Público*. n. 2, out-nov-dez/2003.

VALEMBOIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique em droit français*. Paris: LGDJ, 2004.